

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ARBITRAL DE

CONSTRUCTORA BOGOTÁ FASE III S.A. – CONFASE S.A.

contra

INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU y TRANSMILENIO S.A.

Bogotá D.C. 31 de enero de 2017

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil diecisiete (2017)

Surtida como se encuentra la totalidad de las actuaciones procesales previstas en la ley 1563 de 2012 para la debida instrucción del trámite arbitral, y siendo la fecha señalada para llevar a cabo la audiencia de fallo, el Tribunal de Arbitraje profiere en derecho el Laudo que pone fin al proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias surgidas entre **CONSTRUCTORA BOGOTÁ FASE III S.A. – CONFASE S.A.** como parte demandante y el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU** y la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. - TRANSMILENIO S.A.**, como parte demandada, en razón del contrato suscrito entre los mismos el día 28 de diciembre de 2007.

I. ANTECEDENTES

1. EL CONTRATO

El 28 de diciembre de 2007, **CONSTRUCTORA BOGOTÁ FASE III S.A. – CONFASE S.A.** y el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU** y la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. - TRANSMILENIO S.A.** suscribieron el

Contrato de Obra No. IDU - 136 de 2007.

2. EL PACTO ARBITRAL

En la cláusula vigésima primera del contrato las partes pactaron lo siguiente:

"21.3 Arbitramento

"Las divergencias que surjan con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, terminación y liquidación del Contrato, se solucionarán a través de un Tribunal de Arbitramento integrado para el efecto por 3 árbitros, designados de común acuerdo.

"En caso de no haber acuerdo en la selección de árbitros, la designación se hará por medio de un sorteo en presencia del Director del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, de una lista de 10 personas, integrada por cinco propuestos por cada parte. El procedimiento será el que la ley establece para estos efectos y el Domicilio será la Ciudad de Bogotá.

"El laudo arbitral será definitivo y vinculante para las Partes, de forma que se podrá impetrar decisión jurisdiccional de cumplimiento del laudo en cualquier corte con jurisdicción sobre la Parte que incumpliere.

"La solución de controversias por medio de Arreglo Directo, Perito para Aspectos Técnicos, Arbitramento o cualquier otro mecanismo no suspenderá la ejecución del Contrato, salvo aquellos aspectos cuya ejecución dependa necesariamente de la solución de la controversia."

3. PARTES PROCESALES

3.1. Parte Convocante

Es la sociedad **CONSTRUCTORA BOGOTÁ FASE III S.A.** identificada con NIT 900.191.856-0 constituida mediante escritura pública número 3648 de 26 de diciembre de 2007, otorgada en la Notaria 25 del círculo de Bogotá, representada legalmente por su gerente **OSCAR ANTONIO RAMÍREZ FRANCO.**

3.2. Parte Convocada

Es convocado el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO - IDU**, establecimiento

público del orden distrital, creado mediante Acuerdo 19 de 1972 proferido por el Concejo de Bogotá D.C., representado legalmente en este proceso por el señor **HAROLD LEIBNITZ CHAUX** identificado con cédula de ciudadanía No. 19.393.097 de Bogotá.

Es convocada igualmente la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. – TRANSMILENIO S.A.**, identificada con NIT 830.063.506-6, constituida mediante escritura pública número 1528 de 13 de octubre de 1999, otorgada en la Notaría 27 del Círculo de Bogotá, representada legalmente en este proceso por su gerente **SERGIO PARIS MENDOZA** identificado con cédula de ciudadanía No. 19.458.604 de Bogotá.

4. ETAPA INICIAL

4.1. Con el cumplimiento de los requisitos formales y mediante apoderado, el día seis (6) de junio de dos mil catorce (2014), la sociedad **CONSTRUCTORA BOGOTÁ FASE III S.A. – CONFASE S.A.**, presentó demanda arbitral contra el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU** y la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. TRANSMILENIO S.A.**, con base en el contrato celebrado entre las partes y en desarrollo de la cláusula compromisoria pactada en el mismo¹.

4.2. El dos (2) de diciembre de dos mil catorce (2014)², y en cumplimiento de lo pactado en la cláusula compromisoria, fueron designados como árbitros, de común acuerdo por las partes, los doctores **FABIOLA OROZCO DUQUE, PEDRO LAMPREA RODRÍGUEZ** y **CARLOS BETANCOURT JARAMILLO**, quienes una vez notificados aceptaron oportunamente el encargo salvo el doctor **PEDRO LAMPREA RODRÍGUEZ** quien aceptó extemporáneamente por lo que se procedió a designar como árbitro a la doctora **MARÍA LUISA MESA ZULETA** quien aceptó hacer parte del Tribunal.

¹ Folios 1 al 126 del Cuaderno Principal Número 1.

² Folios 245 y 246 del Cuaderno Principal Número 1.

- 4.3.** El diecisiete (17) de marzo de dos mil quince (2015)³. tuvo lugar la audiencia de instalación del Tribunal en la cual además se nombró como secretario a **ANTONIO PABÓN SANTANDER**, se admitió la demanda y se notificó personalmente a las partes y al Ministerio Público.
- 4.4.** Dentro del término de traslado de la demanda, por intermedio de apoderado judicial, el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU** dio contestación a la misma, oponiéndose a las pretensiones e interponiendo las excepciones de mérito que allí constan⁴.
- 4.5.** Igualmente, dentro del término previsto, por medio de apoderado judicial la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. TRANSMILENIO S.A.** contestó la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la convocante e interponiendo excepciones de mérito⁵.
- 4.6.** De las excepciones formuladas por la parte convocada, se corrió traslado a la parte demandante⁶, término dentro del cual ésta se pronunció sobre las mismas y solicitó nuevas pruebas⁷.
- 4.7.** El doce (12) de agosto de dos mil quince (2015)⁸ la parte convocante presentó escrito de Reforma de la Demanda la cual fue admitida por el Tribunal por medio del Auto No. 5⁹ del tres (3) de septiembre de dos mil quince (2015).
- 4.8.** Dentro del término previsto para el efecto, la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A. TRANSMILENIO S.A.**¹⁰ y el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU**¹¹. dieron contestación a la reforma de la demanda, ambas oponiéndose a las pretensiones, formulando excepciones y solicitando nuevas pruebas.

³ Folios 374 a 377 y Folios 402 a 404 del Cuaderno Principal Número 1.

⁴ Folios 422 a 465 y Folios 494 a 515 del Cuaderno Principal Número 1.

⁵ Folios 1 al 23 del Cuaderno Principal Número 2.

⁶ Folio 33 del Cuaderno Principal Número 2.

⁷ Folios 34 a 67 del Cuaderno Principal Número 2.

⁸ Folios 68 a 160 del Cuaderno Principal Número 2.

⁹ Folios 161 a 163 del Cuaderno Principal Número 2.

¹⁰ Folios 171 a 189 del Cuaderno Principal Número 2.

¹¹ Folios 190 a 338 del Cuaderno Principal Número 2.

- 4.9.** De las excepciones que propusieron **TRANSMILENIO S.A.** y el **IDU**, se corrió traslado a **CONFASE S.A.**¹², la cual oportunamente describió el traslado y solicitó nuevas pruebas¹³.
- 4.10.** El día dos (2) de febrero de dos mil dieciséis (2016), tuvo lugar la audiencia de conciliación, la cual se suspendió y se reanudó el día dieciséis (16) de marzo de dos mil dieciséis (2016) declarándose fracasada ante la imposibilidad de llegar a una solución y arreglo directo¹⁴. A continuación, mediante Auto No. 12¹⁵, se fijaron las sumas de honorarios y gastos del Tribunal las cuáles fueron consignadas oportuna e íntegramente por las partes
- 4.11.** El día veinte (20) de abril de dos mil dieciséis (2016)¹⁶ tuvo lugar la primera audiencia de trámite. Ese día, mediante Auto No. 15, el Tribunal se declaró competente para conocer las controversias puestas a su consideración. Igualmente, mediante Auto No. 17, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes, concluyéndose de esta manera la primera audiencia de trámite.

II. LAS CUESTIONES LITIGIOSAS SOMETIDAS A ARBITRAJE

1. LOS HECHOS DE LA DEMANDA REFORMADA

Las alegaciones de hecho en las que la convocante apoya sus pretensiones bien pueden compendiarse del siguiente modo:

- 1. El INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU**, en adelante IDU, mediante la Resolución No. 4382 del 14 de septiembre de 2007, ordenó la apertura de la Licitación Pública No. IDU – LP – DG – 022 – 2007, cuyo objeto era contratar la ejecución de las obras de construcción y todas las actividades necesarias para la adecuación de la Calle 26 y de la Carrera 10, al sistema Transmilenio en la ciudad de Bogotá D.C. y su posterior mantenimiento, de acuerdo con la descripción, especificaciones, límites del proyecto y demás condiciones establecidas en él.

¹² Folio 339 del Cuaderno Principal Número 2.

¹³ Folios 340 a 390 del Cuaderno Principal Número 2.

¹⁴ Folio 420 del Cuaderno Principal Número 2.

¹⁵ Folio 420 del Cuaderno Principal Número 2.

¹⁶ Folios 455 a 472 del Cuaderno Principal Número 2

2. El IDU, una vez cumplidos los trámites legales correspondientes, adjudicó a **CONSTRUCTORA BOGOTÁ FASE III S.A. – CONFASE S.A.**, mediante Resolución No. 06674 del 21 de diciembre de 2007, las obras objeto del citado proceso licitatorio, correspondientes al Grupo 3.
3. En atención a lo anterior, el 28 de diciembre de 2007 el **IDU**, **TRANSMILENIO S.A.** y **CONFASE** suscribieron el Contrato de Obra No. 136 de 2007.
4. En los considerandos del Contrato, se señaló que el **IDU** y **TRANSMILENIO S.A.**, celebraron un Convenio Interadministrativo, con el objeto de “definir las condiciones en que las partes cooperarán para la ejecución de las obras de infraestructura física para el sistema Transmilenio”, en el que se estableció un sistema de cooperación.
5. El plazo del Contrato sería de ochenta y cinco (85) meses, contados a partir de la suscripción del acta de inicio y se dividiría en etapas así: la Etapa de Preconstrucción, con un plazo estimado de cuatro (4) meses para cada uno de los tramos; la Etapa de Construcción con un plazo estimado de 18 meses para el tramo 4, la Troncal con un plazo de 10 y 21 meses para cada uno de los demás tramos y la Etapa de Mantenimiento, con un Plazo Fijo de 60 meses.
6. El valor del contrato fue estimado en la suma de doscientos noventa y un mil novecientos cuarenta y siete millones seiscientos cuarenta y ocho mil novecientos tres pesos (\$291.947.648.903.00).
7. En la ejecución del contrato se presentaron varias controversias entre las partes, que son objeto de este proceso y que se sintetizan así:
 - i) Obra de redes no reconocidas que involucran la obra civil de alumbrado público y semaforización definitiva; redes de voz y datos y el ítem 7.2.37 – Sondeo Ductería;
 - ii) El Colector Expreso Norte
 - iii) Obras complementarias no reconocidas dentro de las que se encuentran los muros 11 y 13, la Paz y Torres Blancas; la peatonalización del puente Carrera 7ª y las rampas del Parque Bicentenario y los acabados BOX Las Aguas.
 - iv) El sobreacarreo
 - v) El reajuste del ICCP Mariscal Sucre
 - vi) La mayor permanencia durante el periodo comprendido entre el 31 de octubre de 2012 y el 10 de julio de 2013

2. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDANTE

Las pretensiones contenidas en la demanda arbitral reformada son las siguientes:

I- “PRETENSIONES

“A.- Declarativas

1. “Pretensiones relacionadas con las obras sobre redes

- 1.1 “Que se declare que el IDU incumplió el Contrato IDU – 136 de 2007, al no reconocer ni pagar a CONFASE, mediante los precios unitarios pactados en el Anexo 2 A y en los demás documentos contractuales, las obras civiles de redes de alumbrado público y semaforización que fueron ejecutadas por el contratista por fuera de las estaciones, estructuras, túneles y obras en edificaciones, medidas a partir de sus acometidas o conexiones.
- 1.2 “Que se declare que el IDU incumplió el Contrato IDU – 136 de 2007, al no reconocer ni pagar a CONFASE, mediante los precios unitarios pactados en el Anexo 2 A y en los demás documentos contractuales, las obras de redes de voz y datos que se ejecutaron por el contratista por fuera de las edificaciones y estaciones (ubicadas a partir de la acometida o conexión con la red de voz y datos principal), las cuales no estaban incluidas en el Valor Global de Construcción, desglosado en el presupuesto del Adendo 6.
- 1.3 “Que se declare que el IDU incumplió el Contrato IDU – 136 de 2007, al no reconocer ni pagar a CONFASE, con el ítem 7.2.37 del Anexo 2 A, las actividades ejecutadas por el contratista por concepto de sondeos e hilados durante los años 2011 y 2012 y que no son procedentes las retractaciones que tres (3) años después hicieran la Interventoría y el IDU respecto de las aprobaciones contenidas, entre otras, en la comunicación IML- 1-172-0406-09 de 9 de marzo de 2009 y en el memorando STAA-1600-123-14 de 19 de marzo del mismo año, respectivamente, las cuales se produjeron, además, cuando dichas actividades estaban ejecutadas por CONFASE.

2. “Pretensiones relacionadas con las obras del Colector Expreso Norte

- 2.1 “Que se declare que el IDU incumplió el Contrato IDU – 136 de 2007, al no reconocer ni pagar a CONFASE los costos adicionales en que la misma incurrió por las siguientes actividades y obras ejecutadas en el Colector Expreso Norte: i) la implementación de un sistema de bombeo en la Calle 26 durante 24 horas en el periodo comprendido entre febrero de 2010 y julio de 2011, ii) la demolición y el relleno del colector existente de 1,3 metros y de las cajas o pozos de inspección que quedaron por fuera de servicio, existentes en el costado sur del colector nuevo y correspondientes al Tramo 5 de la Calle 26, iii) la instalación de pilotes de madera para cimentar y densificar el suelo donde se construyó el mencionado colector y iv) las actividades de reparación del Colector Expreso Norte, correspondientes al tramo 5 de la Calle 26.

3. “Pretensiones relacionadas con obras no previstas no reconocidas

- 3.1 “Que se declare que el IDU, incumplió el Contrato IDU – 136 de 2007, al no reconocer ni pagar a CONFASE, el costo de las siguientes obras ejecutadas por la misma: (i) muro 13, (ii) muro 11, (iii) muro “Torres Blancas” y (iv) muro espacio público “La Paz”.

- 3.2 “Que se declare que el IDU incumplió el Contrato IDU – 136 de 2007, al no reconocer ni pagar a CONFASE, las obras de peatonalización del puente de la Carrera 7 y las rampas del Parque Bicentenario, las cuales, además de no estar previstas en el PMT 410, debieron ejecutarse como consecuencia de las exigencias establecidas por la Secretaria Distrital de Movilidad – SDM para la implementación del PMT No. 500.
- 3.3 “Que se declare que el IDU incumplió el Contrato IDU – 136 de 2007, al no reconocer ni pagar a CONFASE las obras relacionadas con los nuevos acabados del Box de “Las Aguas”, las cuales debieron ejecutarse por el contratista por la decisión del IDU de modificar las especificaciones originales de los Box peatonales, la cual se originó debido a unas especificaciones particulares de construcción mal elaboradas por dicha entidad estatal.

4. “Pretensiones relacionadas con el sobreacarreo de escombros.

- 4.1 “Que se declare que el IDU incumplió el Contrato IDU – 136 de 2007, al no reconocer ni pagar a CONFASE el valor sufragado por esta por concepto de las mayores distancias de acarreos en que debió incurrir como consecuencia del cierre de las escombreras autorizadas y del denominado “Fenómeno de la Niña”.

5. “Pretensiones relacionadas con ICCP de la Avenida Mariscal Sucre

- 5.1 “Que se declare que el IDU incumplió el Contrato Adicional No. 2 al Contrato IDU – 136 de 2007 de 19 de noviembre de 2009, al no reconocer ni pagar a CONFASE los ajustes a los precios unitarios de las obras ejecutadas por el contratista, las cuales, por razones ajenas y no imputables a CONFASE, se ejecutaron en el 2011 y no en el 2010 como estaba inicialmente previsto.

6. “Pretensiones relacionadas con la mayor permanencia

- 6.1 “Que se declare que el IDU incumplió el Contrato IDU – 136 de 2007, al no reconocer ni pagar a CONFASE los costos en que la misma incurrió en el periodo comprendido entre el 31 de octubre de 2012 y el 10 de julio de 2013, equivalentes a ocho (8) meses y diez (10) días (252) días.

7. “Pretensiones relacionadas con la improcedencia de las decisiones negativas del IDU respecto de los temas mencionados en las pretensiones anteriores

- 7.1 “Que se declare que son improcedentes las decisiones negativas del IDU respecto de las solicitudes de reconocimiento jurídico y económico formuladas por CONFASE en relación con los temas a que se refieren las pretensiones anteriores, entre las cuales se cuentan, además de aquellas que resulten probadas en el proceso, las

siguientes: IML-1-172-2038-11 del 15 de septiembre de 2011, IML-1143 de 2010, IML-2173 de 2010, e IML -1-172-1406-11 del 12 de julio de 2011 (Obras de redes, de semaforización, alumbrado público, sondeo e hilado de ductería); IML-1-172-1380-11 del 11 de julio de 2011 (Obras de Redes de Voz y Datos); IML-1-172-1667-12 del 08 de junio de 2012, IDU No. 20123460317671 del 14 de junio de 2012 e IDU No. STES-20113460437111 del 18 de junio de 2011 (muros); IML-1-172-0773-12 (Peatonalización puente Carrera 7ª y rampas Parque Bicentenario); comunicación IDU-033120 STES-346 del 8 de mayo de 2010 (acabados Box de Las Aguas); así como las decisiones contenidas en las actas de arreglos directo No. 3 del 4 de abril de 2012 (redes); 29 de 3 de marzo de 2012 (Sobreacarreos); Acta de 4 de julio de 2014 de Mesa de Arreglo Directo (Peatonalización Carrera 7ª y Sondeos); y el Acta de Comité de Convivencia de 21 de enero de 2013, entre otras.

B- "Condenas

1. "Que se condene al IDU y a TRANSMILENIO S.A., ordenando pagar a este último; o subsidiariamente al IDU, ordenando pagar a esta, todos los mayores costos y perjuicios que resulten en favor de CONFASE de la prosperidad de las pretensiones anteriores y que aparezcan debidamente probados en el proceso.
2. "Que teniendo en cuenta que los valores del Contrato se encuentran pactados a precios de diciembre de 2007, de acuerdo con el presupuesto de la Licitación Pública IDU-DP-LG-022-2007, se actualicen las condenas que resulten a favor de CONFASE, así:
 - 2.1 "Para las obras no previstas y no reconocidas reclamadas en las pretensiones declarativas: aplicando las variaciones del ICCP certificado por el DANE hasta la terminación de cada obra reclamada, conforme lo señalado en la cláusula 10.2.3 del Contrato IDU 136 de 2007 y de ahí en adelante, actualizando con el Índice de Precios al Consumidor IPC, el valor del dinero desde dicha fecha hasta la ejecutoria del laudo o, subsidiariamente, con el IPC desde el mes de diciembre del año 2007.
 - 2.2 "Para las actividades no previstas y no reconocidas reclamadas en las pretensiones declarativas: aplicando las variaciones del IPC certificado por el DANE desde el mes de diciembre de 2007 hasta la ejecutoria del laudo.
 - 2.3 "Para la mayor permanencia en obra reclamada en las pretensiones declarativas: aplicando el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE desde el surgimiento de la obligación hasta la ejecutoria del laudo.
 - 2.4 "Que respecto de cualquier suma que resulte en el laudo arbitral a favor de CONFASE, se decreten, a partir de la ejecutoria del mismo, intereses moratorios a la tasa más alta autorizada, con independencia de la interposición del recurso de anulación contra el eventual laudo arbitral favorable a las pretensiones de esta demanda.

3. *“Que se condene al IDU y a TRANSMILENIO S.A. a pagar todas las costas del proceso y las agencias en derecho.”*

3. LA OPOSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA FRENTE A LA DEMANDA

En escrito presentado el veintiocho (28) de septiembre de dos mil quince (2015)¹⁷ la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO –TRANSMILENIO S.A.** contestó la reforma a la demanda manifestando que no era parte del Contrato No. 136 de 2007, negando algunos hechos, aceptando otros como ciertos, e indicando atenerse a lo que se probara en el proceso respecto de los demás. Igualmente, se opuso a todas las pretensiones de la demanda. Finalmente, interpuso las excepciones de mérito que constan en el escrito.

Por su parte, en escrito presentado el primero (1) de octubre de dos mil quince (2015)¹⁸ el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO – IDU** presentó memorial en el que contestó la reforma a la demanda reconociendo como ciertos algunos hechos, aceptando unos como parcialmente ciertos, negando otros, advirtiendo que no le constaban algunas afirmaciones e indicando que algunos no se trataban de hechos. Del mismo modo, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso las excepciones de mérito que obran en el memorial allegado oportunamente.

El Tribunal considera que, en la contestación a la demanda reformada, la convocada omitió dar íntegro cumplimiento al artículo 96.2 del Código General de Proceso, que exige una manifestación concreta respecto de cada uno de los hechos y las pretensiones y por tal razón, aplicará la consecuencia que prevé la citada disposición, de presumir probado el hecho, siempre que en el expediente no hubiere prueba en contrario.

III. ACTUACIÓN PROBATORIA SURTIDA EN EL PROCESO

1. El veinte (20) de abril de dos mil dieciséis (2016)¹⁹ tuvo lugar la Primera

¹⁷ Folios 171 a 189 del Cuaderno Principal Número 2.

¹⁸ Folios 190 a 338 del Cuaderno Principal Número 2.

¹⁹ Folios 457 a 471 del Cuaderno Principal Número 2

Audiencia de Trámite en la cual el Tribunal se declaró competente para conocer del litigio puesto a su conocimiento. Asimismo, mediante Auto No. 17²⁰ se decretaron las pruebas solicitadas por las partes.

2. El dos (2) de mayo de dos mil dieciséis (2016)²¹ se hizo presente la doctora Gloria Zady Correa Palacio con el fin de tomar posesión del cargo de perito contable y el Tribunal, por Auto No. 18²², fijó como fecha para la entrega del dictamen pericial, el 15 de junio de 2016.
3. Los días 3 y 31 de mayo y 17 de junio de 2016, se recibieron los testimonios de los señores William Yesid Cifuentes, cuya declaración fue tachada de sospechosa por la convocada, Guillermo Otero, Claudia Tatiana Ramos, Edgar Herrera Marciales y Edwin Tarazona, solicitados por la parte convocante, quien además desistió de las declaraciones de Alexander Uscategui y Javier Jiménez.
4. Los días 17 y 29 de junio, tuvo lugar la audiencia de testimonio de la señora Valentina Botero y el interrogatorio del perito Alfredo Malagón, cuyas declaraciones fueron solicitadas a instancias del IDU. Esa parte desistió de las declaraciones de Gloria Inés Cardona Botero, Miguel Ángel Botero Giraldo, Pablo Emilio Morales, Edgar Gamboa Rivera, así como del Interrogatorio del representante legal de CONFASE. Finalmente, en relación con las declaraciones solicitadas por esa demandada, el Tribunal prescindió de las de Claudia María Muñoz y Edwin Oswaldo Santiesteban por las razones expuestas en el acta de 29 de junio de 2015.
5. El día ocho (8) de agosto de dos mil dieciséis (2016)²³ el Tribunal ordenó correr traslado a las partes por el término de 5 días, del dictamen pericial contable elaborado por la perito.
6. El veintiséis (26) de octubre de dos mil dieciséis (2016), mediante auto No. 27²⁴, el Tribunal dio por concluido el periodo probatorio.

²⁰ Folios 467 a 472 del Cuaderno Principal Número 2

²¹ Folios 504 a 508 del Cuaderno Principal Número 2

²² Folios 506 a 507 del Cuaderno Principal Número 2

²³ Folios 533 a 537 del Cuaderno Principal Número 2

²⁴ Folios 543 a 546 del Cuaderno Principal Número 2.

Así pues, el trámite del proceso se desarrolló en 21 sesiones, sin incluir la de fallo.

IV. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN PRESENTADOS POR LA PARTES

Las partes, luego de concluida la instrucción de la causa, en la forma prevista por el artículo 33 de la Ley 1563 de 2012, acudieron a la audiencia realizada para el efecto. En ella hicieron uso de su derecho a exponer sus conclusiones finales acerca de los argumentos de prueba obrantes en los autos, presentando así mismo los respectivos resúmenes escritos de las intervenciones por ellos llevadas a cabo y los cuales son parte integrante del expediente.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En el concepto rendido por la señora Delegada del Ministerio Público, se señala, en síntesis, en la parte general de su escrito, que los ajustes y modificaciones de estudios y diseños quedan comprendidos dentro del precio del contrato y no es procedente que el contratista exija sumas adicionales salvo cuando pretenda el restablecimiento del equilibrio del contrato en los casos de actividades que se encuentren por fuera de los conceptos previamente señalados. Lo anterior, dado que ello no puede ir en detrimento suyo a pesar de que se trate de un contrato pactado a precio global como sucede en este caso. Precisa la Procuraduría que para la distribución de riesgos inherentes al contrato, correspondió al contratista la asunción de riesgos normales por las actividades que se pactaron a precio global y que las actividades resultantes de lo pactado a precios unitarios quedaron asumidas por el contratante. Igualmente señala que la asunción del riesgo por mayor permanencia corresponde asumirla a quien se le impute la conducta constitutiva de la causa de aquella.

Posteriormente aborda el Ministerio Público, el estudio de cada una de las pretensiones. Así, en relación con aquellas relacionadas con las obras de redes, señala que el debate se circunscribe a determinar si los trabajos se

encuentran incluidos dentro del precio global del contrato o dentro de los precios unitarios o si se encuentran dentro de los conceptos pagados en las actas parciales de pago a precios unitarios, y si la actividad de alumbrado público que se reclama es o no una actividad provisional con el objeto de garantizar las condiciones de seguridad de la obra. Concluye en este punto que las obras para la conexión al sistema de iluminación (alumbrado público definitivo del corredor), semaforización y red de voz y datos, identificadas como construidas por fuera de las edificaciones y estaciones, no se encontraban incluidas dentro del valor global del contrato, por el contrario, se encontraban en los ítems que se cancelarían por el valor estimado para obras a precios unitarios para redes, las que no han sido reconocidas por el IDU. Por lo tanto, en su criterio, la pretensión tiene vocación de prosperidad.

Respecto de la pretensión relacionada con las actividades de sondeo e hilado durante los años 2011 y 2012 realizadas por el contratista, la Procuraduría concluye que la actividad de sondeo e hilado es una garantía de la calidad de las obras, por lo cual todos los mecanismos, procedimientos y costos que se deriven de hacer pruebas de control de calidad, corresponden a uno de los componentes de la administración del AIU. En tal sentido, se considera que la pretensión no tiene vocación de prosperidad.

En las pretensiones relacionadas con las obras del colector Expreso Norte, sostiene la Procuraduría que respecto de la primera pretensión, esta debe prosperar puesto que el contratista se vio obligado a mantener un sistema de bombeo en la Calle 26 durante 24 horas, en el periodo comprendido entre febrero de 2010 y junio de 2011, por causas que no le eran imputables ni se previeron en el contrato.

Igualmente, aprecia el Ministerio Público que también tiene vocación de prosperidad la pretensión relacionada con las obras de demolición y relleno del colector existente de 1,3 metros así como de las cajas o pozos de inspección que quedaron por fuera del servicio, existentes en el costado sur del colector nuevo y correspondientes al Tramo 5 de la Calle 26, puesto que son obras no previstas en el contrato inicial y que fueron

necesarias para la ejecución de la obra.

Por otra parte, considera la Procuraduría que la instalación de pilotes de madera para cimentar y densificar el suelo donde se construyó el mencionado colector, es una actividad de cimentación de la obra a construir, que hace parte fundamental en la construcción de toda obra civil, que para el caso en estudio está dentro de lo global contratado, por este motivo, sostiene, que la pretensión no debe prosperar. En el mismo sentido y en relación con las actividades de reparación del Colector Expreso Norte, correspondientes al tramo 5 de la Calle 26, observa la Procuraduría que la pretensión no tiene vocación de prosperar dado que el manejo de esas redes correspondía al contratista.

Respecto de las pretensiones relacionadas con obras no previstas no reconocidas, particularmente, la pretensión pertinente al reconocimiento y pago a CONFASE del costo de: (i) muro 13 (ii) muro 11, (iii) muro "Torres Blancas", (iv) muro espacio público "La Paz", considera el Ministerio Público que tiene vocación de prosperidad ya que no se encontraban relacionadas tales obras dentro del precio global y además fueron aprobados sus precios unitarios por el contratante. En este mismo orden de ideas, señala que la pretensión relacionada con el reconocimiento y pago de las obras de peatonalización del puente de la Carrera 7 y las rampas del Parque Bicentenario debe prosperar ya que las variaciones contenidas en el Plan de Manejo de Tráfico No. 500 involucraron obras adicionales no contempladas en el contrato inicial.

En lo relativo a la pretensión de reconocer y pagar a CONFASE las obras del Box de "Las Aguas" sostiene la Procuraduría que es viable puesto que sí existió un cambio en las especificaciones de los acabados, ya que lo instalado fue diferente a lo inicialmente pactado y ello incrementa el valor de la actividad. Sin embargo, el reconocimiento debe establecerse entre la diferencia de los valores de los acabados pactados y los finales, no sobre el valor total de los acabados finales.

En atención a las pretensiones relacionadas con el sobreacarreo de escombros por concepto de las mayores distancias en que debió incurrir

como consecuencia del cierre de las escombreras autorizadas y del “Fenómeno de la Niña”, sostiene que no puede prosperar la pretensión ya que era el contratista quien tenía el deber de señalar previamente el sitio de disposición final de escombros, más uno alterno, los que debían contar con las licencias correspondientes y como ello no fue probado, las causas que dieron lugar al sobreacarreo son imputables al contratista.

En lo que atañe a las pretensiones relacionadas con ICCP de la Avenida Mariscal Sucre, específicamente en lo pertinente al Contrato Adicional No. 2 al Contrato inicial, observa el Ministerio Público que las causas que originaron que el contrato adicional no se ejecutara en el 2010 sino en el 2011 fueron no imputables a las partes y por tanto debe prosperar la pretensión de CONFASE, en el sentido de reconocer y pagar los ajustes a los precios unitarios de las obras ejecutadas en el 2011 y no en el 2010.

Finalmente, considera la Procuraduría que frente a las pretensiones relacionadas con la mayor permanencia, éstas no deben prosperar puesto que debe tenerse en cuenta que los costos de administración causados en dichos periodos fueron compensados con prórrogas y contratos adicionales, que tuvieron como propósito conjurar los efectos de la mayor permanencia, sin que el contratista haya hecho salvedad alguna respecto de que tal reconocimiento no compensa los perjuicios ocasionados y en ese sentido no es procedente adelantar reclamaciones posteriores.

VI. TÉRMINO PARA FALLAR

De conformidad con el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, cuando las partes no señalan el término para la duración del trámite arbitral, éste será de seis (6) meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, lapso en el que deberá proferirse y notificarse incluso, la providencia que resuelve la solicitud de aclaración, corrección o adición. En consonancia con lo anterior, el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012 establece que al término del proceso *“se adicionarán los días de suspensión, así como los de interrupción por causas legales”*.

En el presente caso, la primera audiencia de trámite tuvo lugar el veinte (20) de abril de dos mil dieciséis (2016), lo que significa que la providencia que aclare, corrija o adicione el laudo arbitral, debía haberse proferido a más tardar el veinte (20) de octubre de (2016) de no ser porque al mismo debe adicionarse los días que el proceso fue suspendido a petición de las partes.

Esas suspensiones, que fueron aceptadas por el Tribunal, se produjeron entre el 4 de mayo y el 30 de mayo de 2016, esto es por 27 días; entre el 1 de junio y el 16 de junio de 2016, por un periodo de 16 días; entre el 18 de junio hasta el 28 de junio de 2016, durante 11 días; entre el 30 de junio y el 7 de agosto de 2016, esto es por 39 días y finalmente, entre el 27 de octubre y el 22 de noviembre de 2016, por un periodo de 27 días; para un total de 120 días de suspensión.

Se tiene entonces que a los seis (6) meses de duración del proceso, se deben adicionar los 120 días que el mismo estuvo suspendido, motivo por el cual el Tribunal se encuentra en término para fallar, dado que sumando este periodo de tiempo, tendría hasta el 17 de febrero de 2017 para pronunciar su decisión.

VII. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. CONSIDERACIONES GENERALES EN RELACIÓN CON EL CONTRATO

Con el propósito de abordar el análisis de las pretensiones que se formulan en la reforma a la demanda, como consecuencia de las controversias que surgieron entre las partes en la ejecución del Contrato de Obra 136 de 2007, el Tribunal procederá a realizar un análisis previo del marco general del contrato celebrado, y de las obligaciones que surgen a cargo de cada una de las partes contratantes.

El contrato de obra se celebró como resultado de un proceso licitatorio conforme a la Resolución No. 4382 del 14 de septiembre de 2007, expedida por el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU), mediante la cual se abrió la Licitación Pública IDU-LP-DG-022-2007 que se inició con la publicación del

pliego de condiciones el 26 de septiembre del año 2004, con el objeto de “contratar las obras de construcción y todas las actividades necesarias para la adecuación de la calle 26 (Avenida Jorge Eliécer Gaitán) y de la carrera 10 (Av. Fernando Mazuera) al sistema TransMilenio y su posterior mantenimiento en Bogotá D.C”.

La Licitación se adelantó conforme a lo previsto en el Decreto-Ley 1421 de 1993, Ley 80 de 1993, sus Decretos Reglamentarios y demás normas complementarias y concordantes, con la finalidad de celebrar un Contrato de Obra en los siguientes términos:

“El Instituto de Desarrollo Urbano – IDU, requiere contratar la ejecución de las obras de construcción y todas las actividades necesarias para la adecuación DE LA CALLE 26 (AVENIDA JORGE ELIÉCER GAITAN) Y DE LA CARRERA 10ª (AVENIDA FERNANDO MAZUERA), al sistema TransMilenio (sic) y su posterior mantenimiento en la ciudad de Bogotá D.C., de acuerdo con la descripción, especificaciones, límites del proyecto y demás condiciones establecidas en este Pliego de Condiciones, en especial las consignadas en el Capítulo 4, de conformidad con los tramos por Troncal definidos por las consultorías que elaboraron los Estudios y diseños que se precisan a continuación:

“La Troncal Carrera 10ª está conformada por siguientes tramos:

“Tramo 1: entre Calle 31 sur a Calle 30ª sur y la Calle 31 sur ente Carrera 10 y Carrera 5, incluye patio portal y sus vías perimetrales, en Bogotá D.C.

“Tramo 2: entre Calle 30ª sur y Calle 3, en Bogotá D.C.

“Tramo 3: entre calle 3 y calle 7, incluye ramal calle 6 entre Carrera 10 y troncal Caracas, Avenida Comuneros entre Carrera 10 y Carrera 9 con calle 4 esquina y estación intermedia de la calle 6, en Bogotá D.C.

“Tramo 4: entre Calle 7 y Calle 26

“Tramo 5: entre Calle 26 y Calle 34

“La Troncal Calle 26 está conformada por los siguientes tramos:

“Tramo 1: no es objeto de la presente licitación.

“Tramo 2: entre Carrera 97 y Transversal 76, incluye Estación Intermedia, patio y sus vías perimetrales y Avenida Ciudad de Cali entre Calle 26 y Avenid José Celestino Mutis, en Bogotá D.C.

“Tramo 3: entre Transversal 76 y la Carera 24b, en Bogotá D.C.

“Tramo 4: entre la Carrera 42b y Carrera 19, en Bogotá D.C.

“Tramo 5: entre la Carrara 19 y la Carrera 13, incluye conexión operación con la Troncal Caracas, en Bogotá D.C.

“Tramo 6: entre Carrera 13 y Carrera 3 entre Calle 26 y Calle 19, en Bogotá D.C.

“La presente Licitación se adjudicará por grupos así:

/.../

“GRUPO 3: Adecuación de la Carrera 10 (Avenida Fernando Mazuera) al Sistema TransMilenio en el tramo 4 comprendido entre Calle 7 y Calle 26, en Bogotá D.C. y el tramo 5 comprendido entre Calle 26 y Calle 34 en Bogotá D.C. y adecuación de la Calle 26 (Avenida Jorge Eliécer Gaitán) al Sistema TransMilenio en el tramo 5 comprendido entre Carrera 19 y la Carrera 13, incluye conexión operacional con la Troncal Caracas, en Bogotá D.C. y en el tramo 6 comprendido entre Carrera 13 y Carrera 3 y Carrera 3 entre Calle 26 y Calle 19, en Bogotá D.C. (...)”

En los términos básicos del pliego de condiciones de la licitación se definieron los elementos esenciales del Contrato de Obra que se proponía celebrar: el objeto y precio.

En efecto, conforme al pliego, el proponente debía presentar el valor total global de la propuesta (Anexo No. 2) y para la elaboración de la oferta económica tendría en cuenta los costos directos e indirectos de los suministros y los trabajos necesarios para cumplir con el objeto del contrato y con todas las obligaciones y asunción de riesgos que emanan del mismo, así como todos los costos de las obras y los componentes de Gestión Ambiental, Gestión Social, Manejo de Tránsito y señalización en la etapa de construcción y remuneración del mantenimiento así:

“El valor total global de la construcción (incluido A.I.U)

“Valor de Obras de Construcción: el proponente debe efectuar sus propias evaluaciones y análisis o estimativos que le permita valorar el monto del valor global o proponer para las Obras de Construcción (incluidos costos indirectos) objeto del contrato.

“El valor de las Obras de Construcción debe incluir todos los costos directos e indirectos que implique la ejecución de las actividades de construcción, entre ellos, el costos de las actividades preliminares que se requieren para la iniciación del contrato, los costos de materiales, mano de obra en trabajos diurnos y nocturnos o en días feriados, prestaciones sociales, herramientas, maquinaria y todos los demás gastos inherentes al cumplimiento satisfactorio de lo previsto en los documentos del contrato.

“Valor para la Gestión Ambiental: los valores definidos por el IDU para cada uno de los tramos contienen todos los costos directos e indirectos necesarios para la ejecución de estas actividades. El proponente deberá tener en cuenta que el IDU ha establecido

como presupuesto referente al Aspecto Ambiental, los porcentajes para cada uno de los tramos, en el grupo correspondiente.

“Valor para la Gestión Social: los valores definidos por el IDU para cada uno de los tramos contienen todos los costos directos e indirectos necesarios para la ejecución de estas actividades. El proponente deberá tener en cuenta que el IDU ha establecido como presupuesto referente al Aspecto Social, los porcentajes para cada uno de los tramos, en el grupo correspondiente.

“Valor para manejo de tránsito y señalización: los valores definidos por el IDU para cada uno de los tramos contienen todos los costos directos e indirectos necesarios para la ejecución de estas actividades. El proponente deberá tener en cuenta que el IDU ha establecido como presupuesto referente al manejo de tránsito y señalización en la etapa de construcción, los porcentajes para cada uno de los tramos, en el grupo correspondiente.

“Valor para mantenimiento: los valores definidos por el IDU para cada uno de los tramos contiene todos los costos directos e indirectos que implique la ejecución de las actividades de mantenimiento, entre ellos los costos de materiales, mano de obra en trabajos diurnos y nocturnos o en días feriados, prestaciones sociales, herramientas, maquinaria, los costos ambientales y sociales y de señalización y todos los demás gastos inherentes al cumplimiento satisfactorio de lo previsto en el Apéndice D y en los demás documentos del contrato.

“Los costos de las labores de Gestión Ambiental, Gestión Social, Manejo de Tránsito y Señalización en la etapa de construcción y remuneración de mantenimiento, predefinidos por el IDU como porcentajes referidos al valor global total del contrato, son inmodificables y no serán ofertados por el proponente.”

Se señaló igualmente que en el Anexo 2 A, el proponente debía presentar los precios unitarios, de las obras que se remunerarían bajo esta modalidad, sin incluir costos indirectos o AIU, con base en la sumatoria de precios unitarios propuestos por cada uno de los oferentes. (Modificado por el Adendo No. 3 a la licitación en el sentido de incluir las actividades, cantidades y precios unitarios para las obras que se adelantarían bajo esta modalidad de pago).

El 28 de diciembre de 2007, con base en la decisión adoptada por el IDU por Resolución No. 00674 del 21 de diciembre del mismo año, mediante la cual se adjudicó la ejecución de las obras Grupo 3 a CONFASE, se suscribió el Contrato 136 de 2007.

El contratista, conforme al proceso previo adelantado para presentar su propuesta, estaba en la obligación de revisar los estudios y diseños que puso a disposición el IDU con el propósito de que tuviere la oportunidad de evaluarlos y presentar una propuesta cuya finalidad era la ejecución de la totalidad de las obras objeto del contrato.

El Contrato de Obra No 136 pertenece a la categoría de los contratos estatales típicos, regido en principio, por las normas de la ley 80 de 1993 en su artículo 32 numeral 1 y normas que lo modifican o adicionan, por sus propias cláusulas y en aquellos asuntos respecto de los cuales no hay norma expresa en la ley de contratación estatal, por las normas del derecho privado. (Artículo 13 de la Ley 80 de 1993).

El artículo 32 de la ley 80 de 1993, al definir los Contratos Estatales preceptúa:

“Son Contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivadas del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo se definen a continuación:

“1. Contrato de Obra

Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.

“En los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación o concurso públicos, la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en el artículo 53 del presente estatuto”.

Conforme a la definición anterior y en consideración a las partes intervinientes en el Contrato y a su objeto, el Contrato No. 136 es un contrato estatal de obra.

En la legislación colombiana los artículos 1602 y 1603 del Código Civil y 871

del Código de Comercio, consagran el principio general según el cual los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y tienen fuerza obligatoria.

Adicionalmente por la naturaleza de las obligaciones que surgen para ambas partes, es un acto jurídico bilateral cuyas prestaciones se miran como equivalentes o sea que, conforme a la clasificación general de los contratos, encuadra en la categoría de contrato conmutativo o sinalagmático. (Artículos 1496 y 1498 del Código Civil.)

El artículo 1498 del Código Civil define los contratos bilaterales conmutativos así:

“El contrato oneroso es conmutativo, cuanto cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida se llama aleatorio.”

Las obligaciones contraídas por las partes deben ejecutarse durante un término señalado en el mismo contrato y, en esa medida, el Contrato 136 de 2007 es un contrato a plazo y de ejecución sucesiva; las obligaciones del contratista están definidas como obligaciones de resultado, por lo que su cumplimiento se materializa en entregar la obra terminada, de acuerdo con las especificaciones y características con que fue diseñada, planeada y contratada.

En cuanto el Contrato se celebró en el año 2007, este se rige por la ley 80 de 1993, norma que no especificó la modalidad de pago del contrato de obra y permitió a las partes que la convinieran, en desarrollo del principio de la autonomía privada y de aquellos que enmarcan la contratación administrativa. Por tanto, la interpretación del contrato deberá ceñirse a los principios de orden público que regulan la contratación estatal, a las normas consagradas en el Código Civil, al tenor de lo pactado y expresado, con la consideración especial de que se entenderá que están incorporadas al clausulado aquellas cláusulas que pertenecen a su naturaleza y aplicadas a la materia objeto de la contratación (Artículos 1618, 1619 y 1621 del Código Civil).

Ante la ausencia de definición legal del Contrato de obra bajo la modalidad de precio global, el Tribunal estima pertinente citar pronunciamiento del Consejo de Estado sobre las características de esta modalidad del contrato de obra, cuya forma de pago es el precio fijo global²⁵:

“Los contratos de obra por precio global son aquellos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma fija siendo el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales, mientras que en el contrato a precios unitarios la forma de pago es por unidades o cantidades de obra y el valor total corresponde al que resulta de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas comprometiéndose el contratista a realizar las obras especificadas en el contrato. Esta distinción resulta fundamental, porque, como lo ha señalado la jurisprudencia, en el contrato a precio global se incluyen todos los costos directos e indirectos en que incurrirá el contratista para la ejecución de la obra y, en principio, no origina el reconocimiento de obras adicionales o mayores cantidades de obra no previstas, en tanto en el contrato a precios unitarios, toda cantidad mayor o adicional ordenada y autorizada por la entidad contratante debe ser reconocida, aunque, de todos modos, en uno y otro caso, el contratista tiene el derecho a reclamar en oportunidad por las falencias atribuibles a la entidad sobre imprevistos en el proceso de selección o en el contrato, o por hechos que la administración debe conocer, que desequilibran la ecuación financiera y que están por fuera del control del contratista, cuando quiera que no se hayan adoptado las medidas encaminadas a restituir el contrato a sus condiciones económicas iniciales.”

En el curso del trámite no se ha discutido ni el Tribunal ha encontrado causal de nulidad alguna que afecte la validez del contrato ni sus efectos vinculantes, por lo que es ley para las partes.

Ahora bien, en concordancia con el proceso licitatorio que precedió la celebración del Contrato, las partes en sus cláusulas primera y novena establecen los que podrían identificarse como sus elementos esenciales, es decir, aquellos sobre los cuales recae el consentimiento y la manifestación

²⁵ Sentencia del 31 de agosto de 2011 de la Sección Tercera Subsección B del Consejo de Estado. MP: Ruth Stella Correa Palacio Rad: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080)

recíproca de voluntad: el objeto de la obra contratada y la forma de pago, prestaciones que se miran como equivalentes.

En efecto, en la cláusula primera del Contrato las partes convinieron:

“Cláusula 1. Objeto del Contrato: el objeto del presente contrato es la ejecución de la totalidad de las obras de construcción y todas las actividades necesarias para la adecuación de la calle 26 (Avenida Jorge Eliécer Gaitán) y la carrera 10 (Avenida Fernando Mazuera) del grupo 3, que comprende la adecuación de la carrera 10 (Avenida Fernando Mazuera) al sistema Transmilenio en el tramo 4 comprendido entre calle 7 y calle 26, en Bogotá D.C. y el tramo 5 comprendido entre calle 26 y calle 34 y adecuación de la calle 26 (Avenida Jorge Eliécer Gaitán) al sistema Transmilenio en el tramo 5 comprendido entre carrera 19 y la carrera 13, incluye conexión operacional con la Troncal Caracas, en Bogotá D.C. y en el tramo 6 comprendido entre carrera 13 y carrera 3, y carrera 3 entre calle 26 y calle 19, en Bogotá D.C. comprendidos en el Grupo 3 de la Licitación Pública Número IDU-LP-DG-022-2007, en Bogotá D.C.

A continuación, se relacionan los Apéndices y Anexos que hacen parte de este contrato:

- Apéndice A: especificaciones particulares de construcción.
- Apéndice B: especificaciones generales de construcción.
- Apéndice C: especificaciones de redes de servicios públicos y coordinación interinstitucional.
- Apéndice D: especificaciones particulares de mantenimiento.
- Apéndice E: seguridad, salud ocupacional y medio ambiente y gestión social.
- Apéndice F: especificaciones para el plan general de manejo de tránsito, señalización y desvíos.
- Apéndice G: programación de obra y definición de metas físicas.
- Apéndice H: manual de actualización del inventario de la malla vial.
- Anexo 1 del contrato: definiciones del contrato.

“Este contrato se ejecuta bajo la modalidad de precio global con ajuste, incluyendo las obras para redes, demoliciones y desvío, las que se ejecutarán bajo la modalidad de precios unitarios con ajuste”.

Los términos y condiciones del cumplimiento de la obligación general asumida por el Contratista de ejecutar las Obras, están delimitados y detallados por las mismas partes, tanto en el propio clausulado como en

los Anexos e incluso en la propuesta del Contratista, documentos todos que enmarcan el desarrollo contractual.

Se señalan, entre otras, las siguientes estipulaciones particulares:

CLAUSULA CUARTA ALCANCE Y DESARROLLO DEL CONTRATO

/.../

4.1.4.2

/.../

*“La aplicación de las previsiones de los **Apéndices A, B y C** respectivamente, generan a cargo del Contratista obligaciones de resultado y no de medio. Las obras deberán cumplir con las especificaciones técnicas contenidas en dichos Apéndices, especialmente en materia de calidad, resistencia, estabilidad y durabilidad.*

*“Bajo ninguna circunstancia se aceptarán cambios de los estudios y diseños por aspectos conceptuales, por lo tanto los ajustes y/o complementaciones que el Contratista realice a los Estudios y Diseños durante la etapa de preconstrucción, no pueden disminuir las **especificaciones generales de construcción y/o Especificaciones particulares** de construcción contenidas en los Apéndices del Contrato, en especial los **apéndices A, B y C.**”*

“En todo caso, el Contratista tendrá en cuenta que el objeto del contrato, su ejecución y recibo de las obras, deberá cumplir con la finalidad a que está destinada la obra, conforme al contrato y demás documentos que hacen parte de éste.”

“Para todos los efectos las complementaciones y/o modificaciones realizadas a los Estudios y Diseños son responsabilidad del Contratista.

“4.2. Etapa de Construcción

/.../

*“Durante la **Etapa de Construcción**, el **Contratista** ejecutará la totalidad de las obras y labores necesarias para la ejecución de las **Obras de Construcción** y las **Obras para Redes**, de acuerdo con las Especificaciones contenidas en los diferentes apéndices y anexos del contrato, incluyendo las **Labores Ambientales**, de **Gestión Social, Manejo de Tráfico, Señalización y Desvíos**, entre otras.*

“Si durante la etapa de construcción es necesario ajustar el cronograma de metas físicas por causas imputables al Contratista, y cuando esa necesidad se derive entre otras causas y sin limitarse a éstas, por errores en los estudios y diseños aceptados y/o ajustados por el Contratista, por indebida aplicación de procedimientos de construcción y/o de control de

calidad, utilización de materiales inadecuados (cuando no cumplan con las especificaciones o con las condiciones que de acuerdo con el estado de la técnica y las mejores prácticas usuales sean exigibles), el Contratista presentará a consideración de la Interventoría el ajuste al mencionado cronograma con la debida justificación y soporte técnico. En este caso, el Contratista asumirá los mayores costos que se generen incluyendo la mayor permanencia de la Interventoría".

Adicionalmente, en la cláusula en la cual se describen individualmente las obligaciones del Contratista se encuentran las siguientes estipulaciones:

"CLÁUSULA 5. OBLIGACIONES PRINCIPALES DEL CONTRATISTA.

El **Contratista** será responsable de la ejecución de las **Obras** de Construcción, de las **Obras para Redes**, de las **Labores Ambientales** y de **Gestión Social** y las **Labores de Manejo de Tráfico**, Señalización, Adecuación de Desvíos, labores de mantenimiento, Demoliciones y demás de conformidad con lo previsto en este Contrato y en sus Apéndices y Anexos. Para tales efectos, deberá realizar todas las acciones tendientes al cabal cumplimiento de este Contrato y en particular, tendrá a su cargo las siguientes obligaciones, sin perjuicio de las demás obligaciones asignadas en el presente Contrato, en sus Apéndices, Anexos y en el Pliego de condiciones, además de las contenidas en las normas constitucionales, legales o reglamentarias aplicables, o las que se desprendan de su naturaleza:

/.../

"d) A más tardar a la terminación de la etapa de preconstrucción, el Contratista deberá realizar lo necesario y suficiente en orden a conocer, revisar y estudiar cabal y completamente los estudios y diseños que el IDU entregue para la ejecución de las obras objeto de este Contrato. En consecuencia, finalizada esta etapa, si el Contratista no se pronuncia en sentido contrario, se entiende que ha aceptado los estudios y diseños presentados por el IDU y asume toda la responsabilidad de los resultados de la implantación de los mismos y la ejecución de la obra contratada, con la debida calidad, garantizando la durabilidad, resistencia, estabilidad y funcionalidad de tales obras

"e) Los estudios y diseños que revise, ajuste y/o complemente el Contratista durante las diferentes etapas del contrato, deberán respetar las condiciones técnicas señaladas en el apéndice A, numeral 4.1.

"f) Los Ajustes y/o complementaciones que el Contratista introduzca a los diseños y que requieran aprobación por parte de la Secretaría Distrital de Planeación, la Secretaría Distrital de Movilidad, las Empresas de Servicios Públicos, TRANSMILENIO S.A. y demás entidades de orden Distrital, deberán ser tramitadas por

el Contratista para su aprobación en la respectiva entidad dentro del plazo contractual sin que ello se constituya en causa de demora en la ejecución del proyecto.

“g) Adelantar las **Obras de Construcción**, de conformidad con lo previsto en este Contrato y sus Apéndices, para lo cual deberá regirse en cuanto a tiempos de ejecución, calidades de las obras, disponibilidad de equipos y de personal, y en general todos los aspectos técnicos, por lo dispuesto en el presente Contrato, sus apéndices y en el Pliego y en especial tener en cuenta que la movilización de equipos se realizará conforme a los Apéndices E y F, y será de responsabilidad exclusiva del Contratista; de tal manera que las obligaciones contenidas en el presente contrato, se ejecuten en condiciones especiales de seguridad, para garantizar a la comunidad en general afectada por el proyecto, al recurso humano del Contratista vinculado al mismo, y demás personas que deban transportarse en condiciones especiales de seguridad, a fin de evitar la ocurrencia de daños por causa de los trabajos públicos que se realizan. El Contratista deberá de manera permanente y con fines preventivos verificar el cumplimiento de los requisitos y procedimientos de movilización de equipos. El incumplimiento de estas obligaciones acarreará las multas previstas en el presente Contrato.

“h) Ejecutar las **Obras para Redes** de conformidad con lo previsto en este Contrato y sus Apéndices, en especial el Apéndice C.

“i) Adelantar las **Obras de Adecuación de Desvíos** necesarios y requeridos para la ejecución del contrato, de conformidad con los apéndices de este contrato.

j) El **Contratista** se obliga a mantener todos los equipos, materiales y el personal que necesite para la ejecución de las obras y actividades correspondientes al objeto contratado.

“l) Desarrollar todas las Labores de **Manejo de Tránsito, Señalización y Desvíos** que sean necesarias para cumplir total y cabalmente con las obligaciones contenidas en los Apéndices de este **Contrato** y en la normatividad vigente.

“m) Desarrollar todas las Labores Ambientales y de Gestión Social que sean necesarias para cumplir total y cabalmente con las obligaciones contenidas en el Apéndice respectivo de este Contrato y en la normatividad vigente.

“n) Organizar y realizar los trabajos de tal forma que los procedimientos utilizados sean compatibles con las disposiciones ambientales aplicables. Cualquier contravención a dichas disposiciones será de responsabilidad del **Contratista**, y por esta causa, el **IDU** podrá ordenar la modificación de procedimientos o la suspensión de los trabajos, sin que ello implique ampliación de los plazos contractuales ni genere compensación alguna a

favor del **Contratista**.

[....]

“v) Mantener un Gerente de **Proyecto** y Director (es) facultado (s) para representar al **Contratista** en todos los aspectos atinentes a la ejecución del **Contrato**, quien deberá actuar como interlocutor con el **IDU** y el Interventor, para todos los efectos, y por consiguiente, estar disponible durante todo el tiempo de duración del Contrato. Dicho representante podrá tener suplentes para sus ausencias temporales o absolutas, pero en los casos en que se presenten estas ausencias, deberá avisarse inmediatamente al IDU y al **Interventor**.

“w) Establecer, documentar y mantener un sistema de calidad como medio para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones, para lo cual deberá elaborar un manual en que debe incluir o referenciar los procedimientos y requisitos de dicho sistema, y esbozar la estructura de la documentación utilizada en el mismo. Para la definición del sistema de calidad correspondiente a la ejecución del presente **Contrato**, el **Contratista** deberá acogerse, como mínimo, a lo dispuesto en las siguientes normas de ICONTEC: NTC - ISO de la serie 9000, NTC - ISO 10011-1 a 10011-3, ISO/TR 13425 en sus últimas versiones, entendiéndose aplicables aquellas que las complementen, modifiquen o adicionen.

“x) El Contratista deberá cumplir con la elaboración y presentación de los informes técnicos con la periodicidad y especificaciones establecidas en los diferentes Apéndices y Anexos del contrato y en especial con la entrega programada de la memoria técnica en las diferentes etapas del contrato, como se describe en el Cláusula 4 de este contrato.

“y) Entregar al IDU mensualmente un plan de cuentas programado indicando el valor y la fecha estimada de radicación en el IDU de las facturas de cobro por actas de obra, este plan de cuentas tendrá un carácter informativo para el IDU y no será vinculante para el Contratista ni modificara el valor de los pagos que se harán al Contratista de conformidad con lo previsto para estos efectos en la cláusula 10 del presente Contrato”.

Así las cosas, es evidente que el propio Contrato establece no solamente la obligación de ejecutar las obras sino las especificaciones particulares de su desarrollo, y señala el carácter vinculante de los diseños, de los materiales y la exigencia de calidad y procedimientos, (Cláusula 39 Documentos del Contrato) con el fin de que se cumpla su propósito en la realización de la obra y en el interés público que está involucrado en el desarrollo de los contratos entre el Estado y los particulares, como sus colaboradores.

La cláusula 30 del Contrato establece la responsabilidad profesional del Contratista y su alcance en los siguientes términos:

“CLÁUSULA 30. CONOCIMIENTO DEL PROYECTO Y RESPONSABILIDAD PROFESIONAL.

“El Contratista declara que conoce y ha revisado cuidadosamente todos los asuntos e informaciones técnicas, financieras y legales relacionadas con la celebración y ejecución de este Contrato y los lugares donde se ejecutará, incluyendo condiciones de transporte a los sitios de trabajo, obtención, manejo y almacenamiento de materiales, transporte, manejo y disposición de desechos, disponibilidad de materiales, mano de obra, agua, electricidad, comunicaciones, vías de acceso, condiciones del suelo, condiciones climáticas, de pluviosidad y topográficas, características de los equipos requeridos para su ejecución, características del tráfico automotor de Bogotá, incluyendo las categorías vehiculares y las condiciones de volumen y peso de los vehículos, el régimen tributario a que estará sometido el Contratista, normatividad jurídica aplicable, los estudios y diseños entregados por el IDU y, en general, todos los demás aspectos que puedan afectar el cumplimiento del Contrato, todo lo cual fue tomado en cuenta en la preparación de la Propuesta del Contratista y firma del contrato. Y con base en la información obtenida por su cuenta, asume los riesgos que le corresponden.

“Se considera que el **Contratista** ha realizado el examen completo de los sitios de la obra y que ha investigado plenamente los riesgos, y en general, todos los factores determinantes de los costos de ejecución de los trabajos, los cuales se incluyen en los componentes económicos de su **Propuesta**, teniendo en cuenta estrictamente la forma de pago estipulada en este **Contrato**. La circunstancia de que el **Contratista** no haya obtenido toda la información que pueda influir en la determinación de los costos, no lo eximirá de responsabilidad por la ejecución completa de las obras de conformidad con este Contrato, ni le dará derecho a reconocimiento adicional alguno por parte del IDU o TRANSMILENIO S.A. ya que el **Contratista** asume la carga de diligencia de efectuar las investigaciones y verificaciones necesarias que tuvo en cuenta para preparar su Propuesta.

Todo trabajo realizado por el **Contratista** estará sujeto a la supervisión, revisión, comentario e inspección por parte de la Interventoría y/o del IDU. No obstante lo anterior, cualquier aceptación, orden, instrucción, comentario, consentimiento, concepto o pronunciamiento de cualquier tipo, impartido al **Contratista** sobre cualquier trabajo, diseño, procedimiento y en general sobre la ejecución de sus obligaciones, por parte de la Interventoría y/o del IDU, no tendrá la fuerza de eximir, disculpar,

*atenuar, o de manera alguna, disminuir la responsabilidad del **Contratista**, quien será el único responsable de la ejecución del proyecto, como dueño del arte y oficio, la técnica, los procedimientos y los conocimientos sobre la ingeniería, suministro de equipos y materiales, construcción, financiación y adecuada ejecución del proyecto. Por lo tanto, las manifestaciones de la Interventoría y/o del IDU no afectarán en modo alguno las responsabilidades del **Contratista** en la ejecución del contrato, salvo que éste le haya advertido previamente y por escrito a la Interventoría y/o al IDU sobre las consecuencias adversas de las ordenes y cambios impuestos.*

*“El suministro de información por parte del **IDU** o **TRANSMILENIO S.A.** no exonerará al **Contratista** de la responsabilidad de verificar las informaciones y asuntos concernientes a la celebración y ejecución del **Contrato**, de conformidad con lo establecido en esta cláusula”.*

El debido cumplimiento de las disposiciones contractuales por el contratista, dentro del plazo contractual y con la diligencia, profesionalismo y buena fe que están ínsitos en la ejecución de las obligaciones que surgen para las partes en el acuerdo de voluntades válidamente celebrado y que tiene fuerza vinculante, le otorga el derecho a percibir a cambio la remuneración, en los términos en que ésta fue convenida, pues es esta precisamente la característica de los contratos conmutativos: que las prestaciones de las partes se vean como equivalentes.

En consecuencia, aborda ahora el Tribunal las estipulaciones relativas a esa remuneración a favor del Contratista.

La cláusula 9 se ocupa del tema de la remuneración en general en los siguientes términos:

“Cláusula 9. Valor Estimado del Contrato

“9.1. Valor Estimado del Contrato

“El Valor Estimado del Contrato será la suma de DOSCIENTOS NOVENTA Y UN MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO ML NOVECIENTOS TRES PESOS M/CTE (\$291.947.648.903) de diciembre de 2007.

“El Valor Estimado del Contrato sólo tendrá los efectos previstos de manera expresa de este Contrato y no servirá de base para

reclamación alguna entre las partes por pretendidos o reales desfases entre cualquier estimación o precálculo de cualquiera de las partes, conocida o no por su contraparte, y los resultados económicos reales de la ejecución del Contrato.

“Para atender los pagos derivados de este Contrato, se cuenta con los Certificados de Disponibilidad Presupuestal N. CDO 2007112005 del 20 de noviembre de 2007, por un valor de UN BILLON CIENTO UN MIL DOSCIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL TRECIENTOS VEINTIUN PESOS (\$1.101.275.459.321), CDP No. 2007112006 por un valor de CUARENTA Y CINCO MIL DOCE MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS CUARENTA PESOS M/CTE (\$45.012.676.240) Expedidos por la EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO y el Certificado de Disponibilidad Presupuestal No, 6459 expedido el 13 de septiembre de 2007 por la Subdirección Técnica de Presupuesto del IDU por el valor de SIETE MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MILLONES NOVENTA Y DOS MIL CUARENTA Y SIETE PESOS (\$7.294.092.047,00).

“El Valor Estimado del Contrato corresponde a la sumatoria de los siguientes componentes:

“9.1.1. Valor Global Total.

“Este valor incluye todos los costos directos e indirectos en que incurra el Contratista para la adecuada ejecución de las actividades de Preconstrucción, Construcción y Mantenimiento, incluidas los componentes Social, Ambiental y de Manejo de tránsito y señalización. Dicha suma, corresponde al valor ofrecido por concepto de Valor Global Total por el Contratista en su Propuesta, y será hasta la suma de DOSCIENTOS TRECE MIL OCHOCIENTOS NOVENTA MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS M/CTE (\$213.890.249.965). (subraya el Tribunal)

“El valor global Total se discrimina de la siguiente manera

	TRAMO	PORCENTAJE REFERIDO AL VALOR TOTAL GLOBAL DEL CONTRATO				
		OBRAS DE CONSTRUCCIÓN	GESTIÓN AMBIENTAL	GESTIÓN SOCIAL	MANEJO DE TRÁNSITO Y SEÑALIZACIÓN	MANTENIMIENTO (5 AÑOS)
GRUP O3	TRONCAL CRA 10 TRAMO 4	83,36%	4,29%	2,64%	2,63%	7,08%
	TRONCAL CRA 10 TRAMO 5	90, 23%	2,62%	1,60%	2,20%	3,35%
	TRONCAL CALLE 26 TRAMO 5	83,55%	3,24%	2,12%	5,93%	5,15%
	TRONCAL CALLE 26 TRAMO 6	83,97%	3,42%	1,87%	6,17%	4,57%

9.1.2. Valor correspondiente a las actividades que se pagan por precios unitarios

“El valor a pagar por precios unitarios se estima hasta en la suma de CINCUENTA NUEVE MIL OCHOCIENTOS CUATRO MILLONES DOSCIENTOS DIEZ MIL SETECIENTOS OCHENTA OCHO PESOS (\$59.804.210.788) M/CTE. y comprende la ejecución de las actividades de obras para Redes, Demolición de predios y Adecuación de Desvíos incluidas en los Apéndices del contrato en especial el C el F.

Este valor es el máximo que está previsto para cubrir suficientemente la ejecución de las actividades mencionadas. Sin embargo, en caso que el mismo llegara a agotarse por razones no imputables al Contratista y se hiciera necesario –a juicio del IDU- mayores cantidades de obra para redes o la regulación de ítems de obra no previstos para realizar obras que encajan en el Objeto de este contrato, el Contratista deberá advertir a Interventor tres meses antes de su agotamiento, con la proyección de las necesidades para la completa terminación de las obras, con el fin de adelantar las acciones necesarias para la consecución de los recursos para amparar dichas obras.

“Los pagos correspondientes a estos ítems no previstos se cancelarán de conformidad con la disponibilidad presupuestal y en un plazo no menos a tres (3) meses.

“Por lo tanto, el Contratista en ningún caso ejecutará Obras para Redes, Demolición de predios y Adecuación de Desvío por un valor superior al Valor de las mismas, salvo instrucción expresa y escrita por parte del IDU.

“En lo pertinente, al tratarse de la modalidad de pago por precios unitarios, la asunción de mayores cantidades de obra e ítems no previstos de obras que encajan en el objeto de este contrato está sujeta al trámite presupuestal pertinente cumplido lo cual se autorizará al Contratista a proseguir con las obras sin necesidad de suscribir contratos adicionales. /Subraya el Tribunal)

“9.1.3 Valor correspondiente a los ajustes

“Corresponde al valor desinado para el ajuste de precios por variación del Índice de Costos e la Construcción Pesada – ICCP y corresponde a la suma de hasta por la suma de DIECIOCHO MIL DOS CIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES CIENTO OCHENTA Y OCHO MIL CIENTO CINCUENTA PESOS (\$18.253.188.150) M/CTE.

“CLÁUSULA 13. ÍTEMS DE OBRA NO PREVISTOS

“Siendo que las obras para redes, demoliciones y desvíos se pagan a precios unitarios en razón de la incertidumbre que existe acerca no solo de las cantidades de obra que se requerirían en cada uno de esos conceptos para cumplir el objeto de este

contrato, sino de los ítems mismos, se entiende que tanto las cantidades de obra de los ítems previstos como estos últimos son estimados.

“Si durante el desarrollo del contrato, se advierte la necesidad de incluir ítems no previstos para acometer las obras que se requieran para cumplir con el objeto de este contrato, el **Contratista** así lo hará saber de manera inmediata a la **Interventoría**, quien se pronunciará de manera motivada sobre tal situación. En el evento de encontrar justificada la necesidad, el **Interventor** y el **Contratista** en un plazo máximo de 15 días calendario precisarán el Ítem así como su valor de acuerdo a lo establecido en el manual de Interventoría del **IDU** vigente para la fecha de ejecución del Contrato. Los precios unitarios serán sometidos a la aprobación de la Subdirección Técnica de Administración de Activos del **IDU**. Si no hubiere acuerdo, sobre este precio será el aprobado por dicha subdirección.

“Ante el desacuerdo, se dará aplicación al precio fijado por el **IDU** pero el **Contratista** podrá pedir, a su exclusiva costa, un experticio sobre el tema a cargo del Perito Técnico. En caso en que el perito le diera la razón al **Contratista**, en la siguiente acta mensual se hará el ajuste correspondiente.

“Una vez definido el valor de los ítems no previstos, se cancelarán con cargo a los recursos disponibles para pago de actividades por precios unitarios. El Contratista debe tener en cuenta que el pago de los valores resultantes de la ejecución de estos ítems no previstos se realizará de acuerdo a la disponibilidad de los recursos. En todo caso, el **Contratista** no podrá adelantar la ejecución de ningún ítem no previsto sin la correspondiente autorización de la Interventoría y el **IDU**.

“El **Contratista** debe tener en cuenta que el porcentaje de costos indirectos (AIU) que se aplicará a los costos directos de los precios unitarios no previstos será del 29,54% discriminado así:

A:
23.04%
I:
1,50%
U:
5,00%

Del Capítulo de las Definiciones se destacan entre otras, las siguientes:

“54. “Precios Unitarios para Redes”
“Corresponde a los precios ofertados por el Contratista, aplicables a las unidades de cada Item de Obra para Redes. Tales precios se encuentran discriminados en el Anexo 2A del Pliego de Condiciones que presentó en la Propuesta. (subraya el Tribunal)

“Tales Precios Unitarios para Redes junto con las cantidades de

obra para redes serán la base para calcular el pago del Contratista por la ejecución de Obras para redes.

“60. “Valor Estimado de Contrato”

Corresponde al valor establecido en la Cláusula 9 del Contrato. El Valor Estimado del Contrato corresponde a sumas que se encuentran apropiadas para el efecto en el presupuesto del IDU y TRANSMIENIO S.A.

“62. “Valor Global para Obras de Construcción”

“El Valor Global para obras de construcción será la suma fija máxima dispuesta en este Contrato para el pago al Contratista por la realización de las Labores de Obras de Construcción, a desarrollar durante las Etapas de Preconstrucción y de Construcción, en los términos de la Cláusula 9 del Contrato y será el único pago que reciba el Contratista por la realización de las Labores de Obras de Construcción, salvo por el mecanismo de ajustes dispuesto en las Cláusulas 9 y 10.

“63. “Valor Global por Manejo de Transito y Señalización”

“El Valor Global por Manejo de Transito y Señalización será la suma fija máxima dispuesta en este Contrato para el pago al Contratista por la realización de las Labores de Manejo de Transito y Señalización, a desarrollar durante las Etapas de Preconstrucción y de Construcción, en los términos de la Cláusula 9 del Contrato y será el único pago que reciba el Contratista por la realización de las Labores de Manejo de Transito y Señalización, salvo por el mecanismo de ajuste dispuesto en las Cláusulas 9 y 10”.

El Contrato 136 objeto de las controversias celebrado entre las partes es un contrato de obra a precio global con ajuste. En consecuencia, dentro del precio pactado se incluyen no solamente la retribución al contratista por la ejecución de las obras, sino los conceptos de administración, imprevistos y utilidad, conforme a los porcentajes presentados en la propuesta.

En efecto, en el respectivo pliego esos elementos se definieron conforme a los criterios comunes como “Costos Indirectos” o AIU así: *“Corresponde al porcentaje establecido en la Propuesta por el Proponente para cubrir los costos de Administración, Imprevistos y Utilidad necesario para la ejecución del Contrato. Este porcentaje será aplicable para los ítems no previstos y obras complementarias que surjan en desarrollo del Contrato”.*

En conclusión, el contratista tiene derecho a recibir por concepto de la remuneración el precio global fijo que fue aprobado por el IDU al aceptar la propuesta y los precios unitarios respecto de aquellas obras que, por vía

de excepción, se contemplaron de esa forma, en consideración a que no era posible desde el inicio determinar su valor a precio global.

Ahora bien, como el precio fijo global fue estimado por el Contratista conforme a los estudios y documentos previos que le fueron entregados por la entidad estatal como insumos básicos para calcular y estimar la retribución económica que tiene derecho a percibir por adelantar la obra, debe el Tribunal analizar dos aspectos separados, que tienen relación con su remuneración.

De una parte, los riesgos que asumía el contratista y que se entienden incluidos en esa remuneración y de otra parte, los efectos de los cambios en las condiciones de la ejecución material de la obra frente a la remuneración y al cumplimiento del contrato.

En la cláusula 8, se definió la distribución de los riesgos entre las partes en los siguientes términos:

“Cláusula 8. Riesgos

“8.1. Riesgos que asume el Contratista

“Considerando que el presente contrato implica para el Contratista obligaciones de resultado, las que se concretan en la terminación cabal y completa de las obras que corresponden al objeto del mismo, el Contratista asume los riesgos normales que se presentan durante la ejecución y desarrollo de este, en especial las que provienen de ser un contrato de obra a precio global, con excepción de los aspectos taxativos en donde se ha definidos que se pagarán precios unitarios.

“Entre otros, el Contratista asumirá los siguientes riesgos:

a) “Riesgos de construcción:

“Se refiere a la probabilidad que el monto y la oportunidad del costo de la inversión no sean los previstos.

Este riesgo tiene tres componentes:

“Precios: Las variaciones en los precios de mercado de los ítems, materiales, mano de obra, equipos, transporte, honorarios y en general de todo lo necesario para las Obras de Construcción correspondientes al valor total del contrato y sin perjuicio de los ajustes pactados en este contrato.

“Cantidades de obra: Las menores o mayores Cantidades de Obra para Obras de Construcción respecto de las que el Contratista estimó para calcular los factores económicos de su Propuesta (estimación que en todo caso es responsabilidad autónoma del Contratista y que no hace parte de la Propuesta ni tendrá efecto alguno durante la ejecución del Contrato) para el cabal cumplimiento del objeto del Contrato, considerando que la remuneración por las obligaciones del Contratista durante las Etapas de Preconstrucción, Construcción y Mantenimiento (con la única excepción de las Obras para Redes, desvíos y demoliciones) corresponde al Valor Global para Obras de Construcción.

“Plaza: Sucede cuando la obra se realice en un tiempo distinto al inicialmente previsto por causas imputables al Contratista.

“Riesgo de pérdida o daño de bienes: Los daños, perjuicios o pérdidas de los bienes de su propiedad causados por terceros diferentes del IDU o de TRANSMILENIO S.A., la reparación o indemnización de los daños y perjuicios directos y/o subsecuentes cuando a ello haya lugar.

“Riesgo de daños en bienes y personas por causa de ejecución del contrato: Los daños que se ocasionaren en las persona o bienes de terceros como consecuencia de ejecución de las obras y demás actividades del contrato, por movilización de equipos, materiales, procesos constructivos, etc., estarán a cargo exclusivamente por el Contratista.

“Riesgo Financiero: El riesgo derivado de la rentabilidad del negocio y obtención de utilidades o pérdidas, toda vez que mediante el mecanismo de pago establecido en la cláusula 10 del Contrato se entienden enteramente remuneradas las obligaciones asumidas por el Contratista.

“Riesgo Profesional: Las variaciones de los componentes económicos y técnicos necesarios para la cabal ejecución de este Contrato, relacionadas con la elaboración de sus propios estudios y diseños, la contratación de personal, las labores administrativas, los procedimientos constructivos utilizados, los equipos y materiales requeridos, el manejo ambiental y social, el manejo del tráfico, entre otros.

“Riesgo de Fuerza Mayor Asegurable: Se refieren de manera exclusiva al impacto adverso que sobre la ejecución del proyecto tengan los desastres naturales. Estos incluyen terremotos, inundaciones, incendios y sequías, así como el daño emergente derivado de actos de terrorismo, guerras o eventos que alteren el orden público. Estos riesgos son acordados como tales contractualmente, y se extenderán hasta la fecha de inicio de la etapa de mantenimiento, dentro de la categoría de riesgos de fuerza mayor y estarán a cargo del Contratista”.

Para el contratista, en el desarrollo de la obra a ejecutar, la consecuencia de la modalidad de precio fijo global está directamente relacionada con la asunción de riesgos. Tal y como se señaló antes, al referirse a la remuneración, la naturaleza del contrato celebrado implica que en el precio ofrecido y pactado contractualmente, el contratista asume a su costo cualquier desviación o variación en los componentes que sirvieron de base para fijar el precio global, específicamente la variación por aumento o disminución de los precios de los bienes y servicios que está en la obligación de entregar y ejecutar respectivamente en desarrollo de las obligaciones para realizar la obra.

Asume también la variación en cuanto a las mayores cantidades de obra “respecto de las que estimó para calcular los factores económicos de su propuesta” (subraya el Tribunal) riesgo que si bien tiene origen en una decisión autónoma del contratista de estimar su valor, se materializa cuando las obras objeto de ejecución son modificadas frente a los elementos iniciales que le sirvieron al contratista para elaborar su propuesta.

Así las cosas, son diversas las situaciones que deben ser objeto de análisis para delimitar las consecuencias de la materialización de este riesgo. Si la mayor cantidad de obra tiene origen en un errado cálculo del contratista que, estando en el deber de estimarlo razonadamente se equivocó en esa estimación, ese riesgo corre por su cuenta, porque está incluido y calculado en la contraprestación global, o por lo menos ha debido estarlo como consecuencia de una valoración juiciosa y razonada.

Pero si por el contrario la mayor cantidad de obra tiene origen en la variación de los términos y condiciones iniciales de la obra, a un punto que se concluya que como consecuencia de esa modificación el contratista efectuó su cálculo inicial con base en circunstancias de tiempo, modo o lugar diferentes a las reales de ejecución, esas circunstancias deberán analizarse para identificar la causa eficiente y directa de esas modificaciones, así:

- Si se concluye y prueba que las modificaciones tienen origen en actuaciones o hechos causados por culpa o error del contratista, por acción o por omisión, no tendrá derecho a reclamar indemnización o reconocimiento alguno, por cuanto nadie puede alegar su propia culpa y le corresponde asumir su responsabilidad para cumplir íntegramente con la obligación de resultado que asumió.
- Si las modificaciones tienen origen en hechos o circunstancias imprevistos o irresistibles, el análisis debe encaminarse a determinar:
 - si se trata de aquellos “imprevistos” que están incluidos como parte de la remuneración y en consecuencia no hay lugar a pago adicional; o
 - si son hechos verdaderamente irresistibles que hicieron imposible el cumplimiento de la obligación y que encuadran dentro del concepto de fuerza mayor; o
 - si se trata de hechos que hicieron más gravoso para el contratista la ejecución de la obligación porque excedieron el alea normal que había asumido y en consecuencia no estaban remunerados porque implican la ocurrencia de un riesgo que no asumió el contratista.

Por último, será necesario analizar si las modificaciones que dieron origen a las mayores cantidades están relacionadas directamente con decisiones de la propia administración o con su incumplimiento contractual, que se ubiquen en alguno de los eventos a que se refiere el artículo 27 de la ley 80 de 1993 y obliguen al restablecimiento de la ecuación económica del contrato o a la responsabilidad contractual.

En desarrollo del marco general contractual que antecede, el Tribunal al despachar cada una de las pretensiones tendrá que definir si efectivamente el IDU incumplió con la obligación de pagar al contratista algunas obras adicionales reclamadas, por cuanto estaba obligada a pagarlas como partida correspondiente a obras adicionales, o si por el contrario, cumplió íntegramente con la obligación de pago porque esa obra estaba remunerada en el precio global.

En cuanto a las obras por precios unitarios, estima el Tribunal que la interpretación de las cláusulas contractuales en relación con el pago de obras bajo esta modalidad debe restringirse a su excepcionalidad pactada expresamente y que en esa medida, solamente respecto de aquellos ítems que concretamente se definieron para pago por precio unitario será pertinente acceder a lo solicitado.

En el mismo sentido, tendrá que detenerse en cada pretensión a analizar los hechos o causas que dieron origen a la materialización del riesgo de mayor cantidad, para concluir si el IDU incumplió con su obligación, como lo afirma la parte convocante, o si por el contrario, el contratista recibió la remuneración global en los términos en que fue estipulada contractualmente como contraprestación por sus labores.

Ahora bien, en relación con los riesgos asumidos por el IDU, la misma cláusula prevé:

“8.2. Riesgo que Asume el IDU y Transmilenio S.A.

a) “Riesgo de Construcción:

- “Precios: El riesgo derivado de la variación del Índice de Costo de Construcción.*
- “Cantidades de obra: Derivado de las mayores o menores cantidades de obra para redes, demoliciones, desvíos y parcialmente el riesgo por las obras no previstas y/o adicionales.*
- “Plazo: Costos por mayor permanencia cuando se presenten hechos de fuerza mayor no imputables al Contratista.*

“Riesgo Predial: El riesgo se refiere al mayor costo total de los predios a adquirirse o gravarse con servidumbre, imputable a cualquier circunstancia, a su falta de disponibilidad oportuna, a circunstancias y/o dificultades propias en sede de adquisición negociada, o por expropiación judicial o administrativa, de cualquier predio, tales como: requerimiento, licencias, permisos, o autorizaciones adicionales de autoridades de cualquier orden, según se desprenda de la naturaleza, o afectación de uso de los predios requeridos.

b) “Así mismo se considera riesgo en la adquisición de predios la mayor afectación predial o mayor requerimiento de áreas atribuible a cualquier circunstancia en desarrollo de las actividades objeto del presente contrato”.

En concordancia con los riesgos asumidos por el Contratista, el IDU retuvo

para sí aquellos derivados de las mayores o menores cantidades de obra para redes, demoliciones y desvíos, todos remunerados bajo la modalidad de precios unitarios y parcialmente el riesgo por las obras no previstas y/o adicionales en el evento que dichas obras tuvieran causas ajenas a actos del contratista y el riesgo de mayor permanencia cuando se presenten hechos de fuerza mayor no imputables al contratista. (Subraya el Tribunal).

La interpretación armónica de los dos numerales de la cláusula octava conduce a concluir que el Contratista está obligado a cumplir con sus obligaciones y asumir, dentro del precio global pactado, aquellos riesgos normales, incluidos todos los que hubiere podido prever con la diligencia propia del buen hombre de negocios que le asiste a cualquier constructor que se dedica profesionalmente al desarrollo de una actividad que lleva implícitos el ánimo de lucro y el alea normal de obtener una utilidad o una pérdida, que corresponde a cualquier comerciante en ejercicio de sus deberes.

No puede perderse de vista además, que la etapa de preconstrucción se contempló precisamente para que en vigencia del Contrato el contratista tuviere la oportunidad - que además se reflejó como obligación - de desplegar toda su experiencia y conocimiento para analizar, estudiar, revisar, evaluar la totalidad de los documentos técnicos, administrativos y legales del Contrato "*necesarios para adelantar la obra*", por lo cual no tendría la posibilidad de invocar su falta de diligencia en el cumplimiento de esa actividad contractual para pretender derivar de ella un reconocimiento económico a causa de una indebida valoración o estimación de los riesgos normales asumidos y estimados.

En tal sentido entonces, también se precisa tener en cuenta que la naturaleza de obligación de resultado a cargo del contratista implica que deberá entregar la obra íntegramente ejecutada y que no podrá eximirse del cumplimiento de sus obligaciones, en los términos en que fueron contraídas, sino por causas que se miren como eventos de fuerza mayor o caso fortuito, eximentes de su responsabilidad de cumplimiento.

Por su parte, el IDU asumió la obligación de pagar las obras al precio

global siempre que su ejecución se desarrolle en las condiciones previstas inicialmente porque fueron esas condiciones precisamente las que le permitieron al contratista estimar su valor, presentar su propuesta y asumir sus riesgos.

Finalmente, es pertinente analizar que si bien el plazo del contrato no es considerado un elemento esencial del contrato de obra, sí resulta preciso tener en cuenta que tanto para la administración como para el contratista, la ejecución de las obligaciones debe procurarse en un plazo determinado: para el Estado, porque con la obra contratada busca la satisfacción de un interés general en beneficio de los particulares que utilizarán esa infraestructura contratada para la adecuada prestación del servicio público del transporte y para el contratista, porque en función de ese plazo y conforme a la ejecución programada de sus labores, tiene derecho a percibir la remuneración para cubrir sus costos y gastos y obtener su utilidad.

Así las cosas, tanto el precio global como la entrega de la obra tienen una relación directa con el plazo del contrato y ello implica que las obligaciones de tracto sucesivo deben cumplirse dentro del plazo pactado. Por tal razón, el contratista tiene derecho a exigir de la entidad estatal que, en desarrollo de sus obligaciones contractuales, actúe con la buena fe, colaboración y diligencia que le facilite o por lo menos no le haga más gravosa la ejecución del objeto del contrato dentro del plazo pactado. En consecuencia, cuando quiera que el contratista incurra en costos por mayor permanencia, que le obliguen a prolongar en el tiempo la ejecución contractual por hechos no imputables a él y que no hubiere podido razonablemente prever, la entidad estatal retiene el riesgo y debe responderle al particular.

En el Contrato 136 el plazo del contrato se estipuló en los siguientes términos:

“Cláusula 3. Plazo del Contrato

“El plazo total estimado del contrato es de 85 meses contados a partir de la firma del acta de inicio del contrato por parte del IDU, el Interventor y el Contratista. La ejecución del mismo, está

dividida en tres etapas que tendrán los siguientes plazos:

“Etapa de pre construcción: tendrá un plazo estimado de 4 meses para cada uno de los tramos.

“Etapa de construcción tendrá un plazo estimado de 18 meses para el tramo 4, troncal 10 y 21 meses para cada uno de los demás tramos.

“Etapa de mantenimiento: tendrá un plazo fijo de 60 meses.

“Sin embargo, el plazo real de ejecución del contrato corresponderá al que corra entre la fecha de firma del acta de inicio y la fecha de firma del acta de terminación del contrato, una vez finalizada la etapa de mantenimiento”.

Conforme a la citada clausula, la ejecución del Contrato se adelantó en las siguientes fecha Documento	Plazo del contrato	Fecha
Contrato 136 de 2007	85 meses desde el acta de inicio	28 de diciembre de 2007
Acta de inicio	85 meses	17 de junio de 2008
Adición No. 4	Adiciona 2 meses	16 de julio de 2010
Prorroga No. 2	Adiciona 3 meses	16 de septiembre de 2010
Prorroga No. 3 y Adición No. 6	Adiciona 10 meses	16 de diciembre de 2010
Adición en plazo No. 8	Adiciona 3 meses	14 de octubre de 2011
Adición en valor No. 8, Adición en plazo No. 9 y Otrosí No. 9	Adiciona 9.5 meses	16 de diciembre de 2011
Adición en valor No. 9, Adición en plazo No. 10 y Otrosí No. 10	Adiciona 5 meses	30 de octubre de 2012
Prorroga 11	Adiciona en 102 días	1 de abril de 2013

Frente a la mayor permanencia de obra reclamada, el Tribunal analizará las razones por las cuales el plazo para la ejecución de algunas obras entre el 1 de noviembre de 2012 y el 10 de julio de 2013 no se cumplió como estaba inicialmente programado y si los hechos que dieron origen a esa circunstancia implican realmente la materialización de dicho riesgo a cargo del IDU, frente al contrato No. 136.

CONTRATOS ADICIONALES Y OTROSÍES AL CONTRATO 136.

Durante la ejecución del contrato, las partes celebraron algunos contratos adicionales y modificaciones: a los plazos inicialmente pactados para ampliarlos, o al objeto para ampliarlo o adecuarlo a algunas circunstancias que se presentaron con el transcurso del tiempo, siempre con la intención de que el contrato se ejecutara en su integridad tal y como fue el propósito al momento de su celebración.

En este aspecto, el Tribunal ha realizado un análisis de las consideraciones

que fueron plasmadas en cada uno de los otrosíes firmados y que son objeto de reclamación para definir con claridad las causas que dieron lugar a suscribir esas modificaciones y su alcance, frente a las obras inicialmente contratadas.

Durante la vigencia del Contrato se celebraron los siguientes Contratos adicionales y Otrosíes

A. Otrosí No. 1 de 16 de septiembre de 2008:

“Cláusula Primera: Modificar el numeral 4.1.6 de la Cláusula 4 del contrato, el cual quedará así: “Programación de obras. Durante la etapa de preconstrucción y antes de iniciar la etapa de construcción, el contratista deberá presentar una programación de obra detallada de acuerdo a los lineamientos establecidos en el Apéndice G que deberá ser aprobada por el Interventor y es indispensable para el inicio de la etapa de construcción.

“Es responsabilidad del contratista durante la estructuración de la Programación de obra, la identificación y la cuantificación de las metas físicas, que serán sujeto de verificación por parte de la interventoría en el desarrollo del contrato.

“La programación de obra debe contener el programa detallado de cada Subtramo y las metas físicas a ejecutar mensualmente en concordancia con los montos fijos de pago establecidos en la cláusula 10 del contrato – Forma de pago y el cronograma de entrega de predios que le suministre el IDU durante esta etapa.

“El cronograma de metas físicas a ejecutar es el principal instrumento de seguimiento y control sobre el avance de la obra y el cumplimiento de las metas físicas propuestas para cada mes. Por lo tanto, servirá de herramienta para la aprobación del pago correspondiente y para la aplicación de multas de acuerdo con lo establecido en la cláusula 15 del presente contrato (...).”

B. Otrosí No. 2 de 16 de octubre de 2008:

“Cláusula 1: “Modificar el segundo párrafo del numeral 4.1. Etapa de Preconstrucción, de la Cláusula 4, el cual quedará así: Esa etapa iniciará desde la fecha de firma del Acta de Inicio por parte del Interventor, el Contratista y el IDU, y terminará al vencimiento del plazo establecido en la Cláusula 3 “Plazo del Contrato”. En el evento que las actividades a realizar durante esta etapa no se hayan terminado al vencimiento de su plazo y siempre y cuando sea por razones no imputables al Contratista, este continuará ejecutando las actividades de ajuste,

complementación, adecuación, adaptación y actualización, de los estudios y diseños dentro de la Etapa de Construcción, sin que por ello se considere que se ha extendido la Etapa de Preconstrucción”.

Cláusula Segunda:

“Se dará inicio a la Etapa de Construcción dado que se cuenta con la información que así lo permite. Paralelamente, el Contratista deberá ajustar, adecuar, adapta, complementar y actualizar los estudios y diseños entregados por el IDU durante la Etapa de Preconstrucción. Dentro de los primeros veinte (20) días hábiles de la Etapa de Construcción, el Contratista deberá presentar el cronograma de obra de desvíos y la programación preliminar de las actividades de ajuste, adecuación, adaptación, complementación y actualización de los Estudios y Diseños entregados por el IDU. Al finalizar los primeros tres (3) meses de la Etapa de Construcción el Contratista deberá entregar el ajuste, adecuación, adaptación, complementación y/o actualización a los Estudios y Diseños del proyecto entregados por el IDU que pueden ejecutarse dentro de este plazo y el cronograma de obra para el resto de la Etapa de Construcción, así como el informe con el diagnóstico definitivo sobre el alcance y ejecución de la totalidad de los estudios y diseños del proyecto entregados por el IDU, junto con la programación para el ajuste, complementaciones, adaptaciones, adecuaciones y actualizaciones de la parte de estos que lo requería.

“Si el Contratista no se pronuncia sobre los estudios y diseños entregados por el IDU, se entiende que los acepta y asume toda la responsabilidad de los resultados de la implementación de los mismos y la ejecución de la obra contratada, con la debida calidad, garantizando la durabilidad, resistencia, estabilidad y funcionalidad de tales obras.

“Parágrafo primero: Para efectos de lo previsto en el presente Otrosí, entiéndase por actualización de los estudios y diseños, las actividades que el Contratista deba ejecutar para diseñar los faltantes de estudios y diseños o el rediseño de los mismos por justificación técnicamente demostrada de acuerdo con lo establecido en el numeral 4.1.4.2 “Modificación de los Estudios y Diseños” de la cláusula 4 del Contrato. En el evento de requerirse actualización de los estudios y diseños, el Contratista deberá presentar la cotización con presupuesto desglosado, para aprobación por parte del IDU, y suscripción del correspondiente Otrosí, si a ello hubiere lugar. La mencionada cotización debe contemplar también todos los costos que se generen a cargo del Contratista durante el termino comprendido entre el 17 de octubre de 2008 y el 19 de enero de 2009, o antes, en el caso de verificarse el cumplimiento de las actividades a ejecutar de conformidad con el presente documento.

“En los eventos de actualización de los diseños, los aspectos

conceptuales serán aprobados por el IDU y TransMilenio S.A., mientras que los aspectos técnicos serán responsabilidad del Contratista, adquiriendo éste toda la responsabilidad de la construcción de los mismos, y garantizando la debida calidad, durabilidad, resistencia, estabilidad y funcionalidad de tales obras.

“Parágrafo Segundo: Cualquier modificación y/o adaptación y/o actualización y/o ajuste y/o adecuación que el Contratista introduzca a los estudios y diseños, y que requieren aprobación por parte de la SDP, SDM, las Empresas de Servicios Públicos, TransMilenio S.A. y demás entidades del orden Distrital o Nacional, serán tramitados conjuntamente por el Contratista y el IDU, en donde el IDU ejercerá el liderazgo ante las diferentes entidades y el Contratista brindará el soporte técnico.

“Parágrafo Tercero: A más tardar el diecinueve (19) de enero de 2009, Contratista deberá presentar a la Interventoría una Programación de Obra detallada, incluyendo el flujo de pagos correspondiente, de acuerdo con lo contemplado en el Apéndice G. La Interventoría deberá aprobar la mencionada programación a más tardar a los 5 días calendario después de la entrega de dicho documento. Es responsabilidad del Contratista durante la estructuración de la Programación de Obra, la identificación y la cuantificación de las metas físicas, que serán sujeto de verificación por parte de la Interventoría en desarrollo del contrato. La Programación de obra debe contener el programa detallado de cada Subtramo y el avance porcentual de cada una de las metas físicas a ejecutar mensualmente. El cronograma de metas físicas a ejecutar es el principal instrumento de seguimiento y control sobre el avance de la obra y el cumplimiento del avance porcentual de metas físicas propuestas para cada mes. Por lo tanto servirá de herramienta para la aprobación de los gastos correspondiente.

“Aprobada la programación de obra y a partir de esta fecha cada cuatro (4) meses, el Contratista, el IDU y el Interventor revisarán las circunstancias especiales que se hayan presentado en la ejecución de las obras y que afecten la programación de obra o el cronograma de meta (sic) físicas; lo anterior, sin perjuicio de lo establecido en la Cláusula 24, numeral 24.1 Prórroga suspensión por fuerza mayor o caso fortuito.

“Parágrafo Cuarto: El Contratista con la presentación de la Programación de Obras estipulada en el presente Otrosí, entregará al Interventor la memoria técnica que contiene la información sobre el balance que éste hizo a los estudios y diseños y deberá relacionar la debida explicación y justificación.”

Cláusula Sexta:

“Modificar la tabla del numera 9.1.1: Valor Global Total de la Cláusula 9: Valor Estimado del contrato, en lo referente al

porcentaje de participación dentro del Tramo 5 de la Troncal 26 del componente de Mantenimiento, la cual quedará así:

GRUPO	TRAMO	PORCENTAJE REFERIDO AL VALOR GLOBAL TOTAL				
		Obras de Construcción	Gestión Ambiental	Gestión social	Manejo de Tránsito y Señalización	Mantenimiento (5 años)
3	Troncal 10 Tramo 4	83,36%	4,29%	2,64%	2,63%	7,08%
	Troncal 10 Tramo 5	90,23%	2,62%	1,60%	2,20%	3,35%
	Troncal 26 Tramo 5	83,55%	3,24%	2,12%	5,93%	5,16%
	Troncal 26 Tramo 6	83,97%	3,42%	1,87%	6,17%	4,67%

“Parágrafo: Incluir en el numeral 9.1.1. Valor Global Total de la Cláusula 9, el valor para uno de los tramos así:

GRUPO	TRAMO	VALOR GLOBAL TOTAL
3	Troncal 10 Tramo 4	\$43.638.023.033
	Troncal 10 Tramo 5	\$72.340.231.307
	Troncal 26 Tramo 5	\$43.354.328.693
	Troncal 26 Tramo 6	\$54.557.666.931

Cláusula Séptima:

“Modificar el numeral 10.1 de la Cláusula 10 FORMA DE PAGO, en el sentido que para el trámite y pago del anticipo se requerirá únicamente la suscripción del Acta de Inicio de la Etapa de Construcción y la aprobación por parte de la Interventoría del Plan de Buen Manejo y Correcta Inversión del mismo.”

Cláusula Octava:

“Adicionar el siguiente Parágrafo a la Cláusula 10 FORMA DE PAGO. PARÁGRAFO: A más tardar el diecinueve (19) de enero de 2009, el Contratista deberá presentar un cronograma de obra detallada a nivel de meta física programada y el flujo de pagos correspondiente, acorde a los lineamientos establecidos en el Apéndice G. El flujo de pagos previstos en el numeral 10.2.1 del contrato, se ajustará de conformidad con las actividades desarrolladas en los primeros tres (3) meses de la Etapa de Construcción y de acuerdo con la programación de obra y de actividades que presentará el Contratista en el mes tres (3) de la Etapa de Construcción, debidamente aprobada por el Interventor y el IDU, para lo cual se suscribirá el correspondiente Otrosí. Mientras dicho documento se suscribe, quedará sin efecto el flujo de pagos contemplado en el numeral 10.2.1 del Contrato.

“El valor de las obras correspondientes a las adecuaciones de vías de desvíos, demoliciones y/o redes ejecutadas durante los tres (3) primeros meses de la Etapa de Construcción, se

facturarán de conformidad con lo realmente ejecutado y se pagarán por precios unitarios, de acuerdo con los términos establecidos en el Contrato."

C. Otrosí No. 3 de 29 de diciembre de 2008:

"Cláusula 1: modificar el numeral 9.1.2 de la Cláusula 9 Valor estimado del Contrato en el sentido de indicar que el valor a pagar por precios unitarios se estima hasta en la suma de Cincuenta y nueve mil ochocientos cuatro millones doscientos diez mil setecientos ochenta y ocho pesos (\$59.804.210.788) y comprende la ejecución de las actividades de obras para redes, demolición de precios y adecuación de desvíos incluidos en los Apéndices del contrato en especial el C y el F y actualizaciones de estudios y diseños, de que trata el otrosí No. 2 del 16 de octubre de 2008, así como las actualizaciones de estudios y diseños que se requieran durante la ejecución del contrato. Para este efecto se destinará hasta un diez por ciento (10%) de la partida para el pago de redes establecida contractualmente sin perjuicio dar (SIC.) dar aplicación a las demás estipulaciones de este numeral.

"Cláusula 2: modificar el numeral 10.2.2 concepto 2: valor unitario de la cláusula 10 del contrato principal, en el sentido que en este concepto también se incluye las actividades y personal requeridos para la actualización de estudios y diseños".

D. Otrosí No. 4 de 14 de julio de 2009:

"Cláusula 2: Adicionar un párrafo con el siguiente contenido a continuación del inciso 4 del numeral 10.2.1 Concepto 1: Valor Global Total durante la etapa de construcción de la cláusula 10 Forma de Pago del Contrato: "No obstante cuando el contratista pueda adelantar en el tiempo, la ejecución de algunas obras que se realizarían con posterioridad en la programación de obra, el contratista lo comunicará por escrito al IDU con treinta (30) días calendario de anticipación. En este evento si Transmilenio S.A. cuenta con los recursos para pagar la diferencia que resulte con el flujo de pagos y se procederá al pago respectivo previo cumplimiento de los requisitos contractuales exigidos para los pagos".

E. Adicional No. 1 de 23 de septiembre de 2009:

"Cláusula 1: Adicionar el contrato en la suma de mil trescientos millones doscientos treinta y nueve mil doscientos treinta pesos (\$1.300.239.230) M/CTE incluido el IVA, para la elaboración a precio global de los estudios y diseños técnicos y

arquitectónicos de detalle de la primera etapa del Parque Bicentenario ubicado sobre la calle 26 entre carreras 5 y 7 de Bogotá D.C. *Parágrafo: los pagos pactados en el presente contrato adicional, se sujetan de conformidad con los certificados de disponibilidad presupuestal números No. 337 del 30 de abril de 2009 expedido por el Responsable del Presupuesto del IDPC y No. 5088 del 11 de junio de 2009 expedido por el Subdirector Técnico de Presupuesto y Registro de Contabilidad del IDU.*

/.../

“Cláusula 3: el plazo para la elaboración de los estudios y diseños es de cinco (5) meses contados a partir del perfeccionamiento y legalización del presente documento y la suscripción de la respectiva acta de inicio de los estudios y diseños, objeto de este contrato adicional”.

F. Adicional No. 2 de 18 de noviembre de 2009:

“Cláusula 1: Adicional al contrato la suma de ocho mil millones de pesos (\$8.000.000.000.) M/CTE para ejecutar a precios unitarios las obras complementarias de rehabilitación de la Avenida Mariscal Sucre; carrera 22 entre calle 22 y calle 24, y carrera 20 entre calle 22 y calle 26 del proyecto 122 A de valorización Acuerdo 180 de 2005.

“Parágrafo: los pagos pactados para esta obra, se sujetan de conformidad con el certificado de disponibilidad presupuestal número No. 7025 del 11 de noviembre de 2009, expedido por la Subdirección Técnica de Presupuesto y Registro Contabilidad el IDU. Para ejecutar el objeto del presente contrato el contratista deberá tener en cuenta las especificaciones de construcción aplicables al Proyecto 122A.

“Cláusula 3 – Plazo: el plazo estimado de este contrato adicional será de seis (6) meses. Este plazo comenzará a contarse una vez las partes suscriban el acta de inicio de construcción. Las listas de chequeo harán parte integral del acta de inicio así como los diseños definitivos que deberán ser entregados por el IDU con sus respectivas aprobaciones.

“Parágrafo: dado que de conformidad con el considerando 8 literal f), el desarrollo del presente contrato requiere que las intervenciones sean realizadas en forma gradual, el plazo del presente contrato podrá ser modificado como consecuencia de tal situación”.

G. Adicional No. 3 de 24 de diciembre de 2009:

“Cláusula 1: adicionar al contrato la suma de cuatro mil millones de pesos (\$4.000.000.000) M/CTE, para la elaboración de los

estudios y diseños técnicos arquitectónicos de detalle, y la construcción de un túnel peatonal ubicado a la altura de la carrera 10 por (SIC.) calle 12, en Bogotá D.C., de conformidad con el anexo técnico que forma parte integral del presente contrato adicional. El valor de la adición incluye el IVA para la etapa de estudios y diseño y el valor de la contribución especial del 5%.

“Parágrafo: los pagos pactados en el presente contrato adicional, se sujetan de conformidad con el certificado de disponibilidad presupuestal número No. 6163 del 31 de agosto de 2009, expedido por la Subdirección Técnica de Presupuesto y Registro Contable del IDU.

“Cláusula 2 –Forma de pago: el presente contrato adicional se pagará de la siguiente manera:

“Estudios y diseños: se pagará a precio global la suma de trescientos trece millones novecientos noventa y nueve mil setecientos diecinueve pesos (\$313.999.719) M/CTE incluido IVA teniendo en cuenta que dicho presupuesto fue aprobado por el IDU mediante memorando DTE-215-39138 del 26 de octubre de 2009 así:

Un pago del 70% del valor de los estudios y diseños contra entrega de los productos de estudios y diseños de acuerdo con el presupuesto que se transcribe en el contrato.

“Y el pago final equivalente al 30% del valor de los estudios y diseños una vez se dé la aprobación conceptual por escrito por parte del Instituto de Desarrollo Urbano en los términos del parágrafo primero de la cláusula segunda del otrosí número dos del contrato principal.

“Obras de construcción: se pagará a precios unitarios con ajuste hasta un valor estimado de tres mil seiscientos ochenta y seis millones doscientos ochenta y un pesos (\$3.686.000.281) M/CTE para la construcción del túnel peatonal.

“Cláusula 3- plazo: el plazo para la elaboración de los estudios y diseños del box peatonal de la calle 12, es de dos punto cinco (2.5) meses contados a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio respectiva.

“Para la construcción del túnel el plazo estimado, será de diez (10) meses, y en todo caso comenzará a contarse una vez los estudios y diseños presentados por el contratista, sean aprobados conceptualmente por el IDU mediante comunicación escrita y se suscriba el acta de inicio de etapa de construcción correspondiente a esta obra. Los aspectos técnicos serán responsabilidad del contratista, adquiriendo ese toda la responsabilidad de la construcción de los mismos, y garantizando la debida calidad, durabilidad, resistencia, estabilidad y funcionabilidad de tales obras”.

H. Otrosí No. 5 de 16 de abril de 2010:

“Cláusula 1: modificar el numeral 2 “Etapa de Construcción”, de la Cláusula 3 “Plazo del Contrato”, IDU 136 de 2007, en el sentido de indicar que el plazo de la etapa de construcción del tramo 4 de la Troncal 10, se extiende hasta el 17 de julio de 2010, fecha prevista para la terminación del plazo contractual de la etapa de construcción”.

I. Adicional No. 4 de 16 de julio de 2010:

“Cláusula 1: adicionar el plazo del contrato y de la etapa de construcción señalado en el numeral 2 de la cláusula 3 del Contrato IDU 136 de 2007, por el término de dos (2) meses, contado a partir de la fecha de su actual vencimiento. La verificación del avance de las metas físicas se realizará de conformidad con la reprogramación No. 3 aprobada por la interventoría, en tanto la administración toma una decisión frente al desarrollo del contrato.

“Cláusula 2: el valor por concepto de costo global de ambiental, social y tránsito que se cause durante la presente prórroga o adición en plazo, es tos, \$1.603.147.558, se pagará de conformidad con el numeral 10.2.1 de la Cláusula 10 del contrato y con cargo al saldo disponible a favor del contrato por este mismo global de \$4.492.429.203”.

J. Otrosí No. 6 de 16 de julio de 2010: Modifica aspectos de S&SOMA

K. Otrosí No. 7 y Adición No. 5 de 11 de octubre de 2010:

“Cláusula 1: adicionar al valor del contrato expresado en la cláusula 9 del contrato principal la suma de veinte mil ochocientos setenta millones de pesos (\$20.870.000.000) M/CTE, para la construcción de las siguientes obras complementarias, por el sistema de valor global con ajuste, discriminado así:

“Construcción de las obras complementarias correspondientes a 2 puentes vehiculares para la Troncal Caracas, bajo el sistema de barretes pre excavados.

“Construcción de las obras complementarias correspondientes al puente vehicular sobre la carrera 10ª, bajo el sistema de barretes pre excavados.

“Construcción de (1) deprimido en la calle 26 por carrera 3ª, para Transmilenio, bajo el sistema de barretes pre excavados, incluido el pavimento interno, la iluminación, señalización y drenajes internos del deprimido.

“Construcción de obras complementarias correspondientes a las estructuras de contención que comprende los muros 1, 2, 3, 4 y 5 ubicados en el Tramo 5 de la calle 26

“Cláusula 3: Forma de pago: el valor de las obras complementarias de la presente adición se pagará de conformidad con la cláusula 10 del contrato principal – Forma de pago y el numera 10.2 – actas mensuales de obra”.

/.../

“Cláusula 5: los montos correspondientes a las actividades que se pagan a precios unitarios, indicadas a continuación quedarán así:

Actividades	Apropiación para pago de obras a precios unitarios
Obras para redes	\$37.060.972.444
Demolición de Predios	\$4.867.435.811
Desvíos	\$13.757.916.706

L. Prórroga No. 2 de 16 de septiembre de 2010:

“Cláusula 1: prorrogar el plazo del contrato en su Etapa de Construcción señalado en el numeral 2 de la Cláusula 3, del Contrato IDU 136-2007, por el término de tres (3) meses contados a partir de la fecha de su actual vencimiento. La verificación del avance de las metas físicas se realizará de conformidad con la reprogramación número 3 aprobada por la interventoría.

/.../

“Cláusula 3: el valor por concepto de costo global de ambiental, social, tránsito que se cause durante la presente prorroga, esto es la suma de dos mil cuatrocientos cuatro millones setecientos veintiún mil trescientos treinta y siete pesos M/CTE (\$2.404.721.337), se pagará de conformidad con la cláusula segunda de la Adición No. 4 y con cargo al saldo disponible a favor del contrato pro este mismo global de dos mil ochocientos ochenta y nueve millones doscientos ochenta y un mil seiscientos cuarenta y cinco pesos M/CTE (\$2.889.281.645)”.

M. Prorroga No. 3 y Adición No. 6 de 16 de diciembre de 2010:

“Cláusula 1: adicionar el plazo del contrato en la Etapa de Construcción señalando en el numeral 2 de la Cláusula 3, del Contrato IDU 136-2007, por el término de 10 meses, contados a partir de la fecha de su actual vencimiento.

“Cláusula 2: el valor por concepto de costo global ambiental, social y tránsito que se cause durante la presente prorroga o adición en plazo, esto es ocho mil quince millones setecientos treinta y siete mil setecientos noventa pesos (\$8.015.737.790) M/CTE se pagará con cargo al Certificado de Disponibilidad

Presupuestal 2010122148 del 10-12-2010 expedido por Transmilenio y de conformidad con la cláusula segunda del Otrosí No. 6, cuyo anexo hace parte integral del presente documento en 2 folios”.

N. Adición No. 7 de 17 de diciembre de 2010:

“Cláusula 1: adicionar al contrato la suma de treinta mil millones de pesos (\$30.000.000.000) M/TCE, para la construcción por el sistema de precios unitarios con ajuste, de las Primera Etapa del Parque Bicentenario, que comprende la construcción de la infraestructura y la superestructura de la placa estructural del Parque Bicentenario, así como las obras complementarias que resultan necesarias para integrar dicha obra con la Calle 26.

“El valor del presente contrato es estimado con base en la predimensión de las estructuras a ser contratadas, razón por la cual su costos final será el resultado de multiplicar las cantidades de obra realmente ejecutadas, por los respectivos soportados por los análisis de precios unitarios debidamente aprobados por la Dirección Técnica Estratégica del IDU.

“Cláusula 2: Forma de Pago: el presente contrato adicional se pagará por el sistema de precios unitarios con ajuste, de la siguiente forma:

“Pagos a través de actas mensuales de obra, con el recibo a satisfacción por parte de la interventoría. Para los pagos ante el IDU, se seguirá el mismo trámite adelantado para las actas de recibo parcial de obra, pero la factura será radicada a nombre del IDU.

“Parágrafo primero: ajustes derivados de la variación del ICCP: toda vez que los valores correspondientes a la construcción de las estructuras contratadas, serán calculados a precios unitarios, el IDU compensará al contratista, por las variaciones del ICCP que ocurran entre la fecha en que dichos precios sean definidos y la fecha correspondiente al mes de programación de la obra correspondiente. Para tal efecto se utilizará el porcentaje de variación entre el ICCP certificado al mes en el cual dichos precios unitarios sean pactados.

“Parágrafo segundo: siendo que las obras aquí contratadas se pagan a precios unitarios, si las partes advierten la necesidad de incluir ítems no previstos para la ejecución de las obras, se dará aplicación a la cláusula trece del contrato IDU 136 de 2007.

“Cláusula 3: para la construcción de la Primera Etapa del Parque Bicentenario se contará con un plazo estimado de trece (13) meses el cual comenzará a contarse una vez se suscriba el acta de inicio de etapa de construcción correspondiente a esta obra”.

O. Prorroga No. 1 de 5 de julio de 2011:

"Cláusula 1: prorrogar el plazo del Contrato Adicional No. 2 al Contrato 136 de 2007 en la Etapa de Construcción señalando en la Cláusula 3, del Contrato IDU 136-2007, por el término de tres (3) meses, contados a partir de la fecha de su actual vencimiento.

"Parágrafo primero: la presente prórroga, no genera erogación alguna para el IDU.

"Parágrafo segundo: la Dirección Técnica de Gestión Contractual a la fecha, no tiene conocimiento de trámites conminatorios de multa pendientes o en curso hacia el contratista".

P. Otrosí No. 8 de 21 de septiembre de 2011:

"Cláusula 1: dar alcance a la cláusula primera del Otrosí No. 7 y Adición No. 5, la cual quedara así: La suma de veinte mil ochocientos setenta millones de pesos (\$20.870.000.000) M/CTE, es para la construcción de las siguientes obras complementarias, por el sistema de valor global con ajuste:

"Dos (2) puentes nuevos de la calle 26 con Avenida Caracas (costados oriental y occidental)

"Dos (2) puentes nuevos de la Calle 26 con Carrera 10 (costados oriental y occidental).

"Un deprimido vehicular en la Calle 26 con Carrera 3 para uso exclusivo del Sistema Transmilenio.

"Construcción de las estructuras de contención del tramo 5 de la calle 26. Construcción de un puente nuevo sobre la calle 26 con carrera 13. Construcción de un puente nuevo sobre la calle 26 con carrera 7. Construcción de las estructuras de contención del tramo 6 de la calle 26.

"Construcción del subdrenaje de pavimentos (Geotécnica Carrera 10 y Calle 26).

"Lo anterior teniendo en cuenta un resultado parcial del balance del contrato producto de las anteriores obras objeto de actualización de conformidad con lo establecido en el cláusula séptima del Otrosí No. 7 y Adición No. 5, obras complementarias.

"Parágrafo primero: los soportes de valoración de las obras que comprenden 424 folios, hacen parte integral del presente otrosí.

2Parágrafo segundo: En vista de que la suma global de las ocho

(8) obras relacionadas en la cláusula primera del presente documento, no incluye, según el contratista, el denominado "factor riesgo", este deja la salvedad de que acudirá al mecanismo previsto en la cláusula 21.3 del contrato, con el propósito de reclamar en tal instancia dicho factos, desglosado por el contratista a solicitud de la entidad, mediante la comunicación CBF-I-895-2011 del 29 de junio de 2011 con radicado IDU No. 20115260661992 del 1 de Julio de 2011".

Q. Adición en valor No. 8, Adición en plazo No. 9 y Otrosí No. 9 de 16 de diciembre de 2011:

"Cláusula 1: adicionar en plazo la Etapa de Construcción establecida en la cláusula tercera del Contrato de Obra IDU No. 136 de 2007 por el término de nueve meses y medio (9.5) a partir de la fecha actual de vencimiento. La fecha de finalización de la Etapa de Construcción será el 30 de octubre de 2012 de conformidad con lo establecido en la reprogramación No. 5

"Cláusula 2: adicionar al valor del contrato expresado en la cláusula 9 del Contrato IDU No. 136 de 2007 por concepto de costo Global Ambiental, Social, Tránsito y Señalización la suma de siete mil cuarenta y nueve millones seiscientos once mil ochocientos setenta pesos (\$7.049.611.870) a precios de origen del contrato (diciembre de 2007) equivalente a 13162,0834 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

"Cláusula 3: Forma de Pago: el valor de la presente adición en valor, plazo y otrosí se pagará así: el pago del Costo Global Ambiental, Social, Tránsito y Tráfico establecido en la cláusula anterior, se realizará con base en los valores mensuales establecidos en el flujo de pago del Anexo No. 3 "Flujo de Pagos SISOMA, SOCIAL, TRÁFICO (valores a origen de contrato diciembre de 2007), valores a los cuales se aplicará lo establecido en el párrafo cuarto del numeral 10.2..1 del contrato, en relación con los descuentos en caso de no cumplimiento de las labores por parte del contratista.

"Parágrafo primero: los ajustes correspondientes se pagarán por el rubro de ajustes del contrato No. 136 de 2007 a partir del mes de diciembre de 2007, las variaciones del ICCP que ocurran entre esa fecha y la fecha correspondiente al mes de ejecución, se harán con cargo al valor correspondiente a los ajustes, previstos en el numeral 9.1.3 del contrato No. 136 de 2007.

"Parágrafo segundo: el pago para la presente adición en valor, plazo y otrosí se sujetará a la apropiación presupuestal correspondiente, de conformidad con el certificado de disponibilidad presupuestal No. 1837 del 16 de diciembre de 2011, expedido por Transmilenio S.A".

R. Adición en plazo No. 8 sin fecha:

“Cláusula 1: prorrogar el plazo pactado en la cláusula tercera del contrato obra IDU 136 de 2007 por el término de tres (3) meses contados a partir de su fecha actual de vencimiento.

S. Modificadorio No. 11 de 2 de agosto de 2013: Modifica aspectos técnicos

T. Adición en valor No. 9, prórroga No. 10 y Otrosí No. 10 de 30 de octubre de 2012:

“Cláusula 1: prorrogar el plazo de la Etapa de Construcción establecida en la cláusula tercera del contrato de obra IDU 136 de 2007 por el término de cinco (5) meses a partir del siguiente día de la fecha actual de vencimiento. La fecha de finalización de la Etapa de Construcción será el 30 de marzo de 2013 de conformidad con lo establecido en la reprogramación No. 6.

“Cláusula 2: adicionar al valor del contrato expresado en la cláusula 9 del contrato IDU 136 de 2007 por concepto de costo Global Ambiental, Social, Tránsito y Señalización la suma de tres mil seiscientos cincuenta y nueve millones cuatrocientos cuarenta y seis mil ciento setenta y tres pesos (\$3.659.446.173) a precios de agosto de 2012 equivalente a 7031,337145 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

“Cláusula 3: Forma de Pago: el valor de la presente adición en valor, plazo y otrosí se pagará así: el pago del costo global ambiental, social, tránsito y señalización establecido en la cláusula anterior, se realizará mediante cinco pagos mensuales iguales, por los siguientes valores: para la gestión ambiental un valor de trescientos ochenta y un millones novecientos cuarenta y seis mil ciento cuarenta y seis mil ciento cuarenta y cinco pesos (\$381.946.145) mensual, para la gestión social un valor de ciento ocho millones ochenta y tres mil doscientos ochenta y ocho pesos (\$108.083.288,4) mensual y para el Plan de Manejo de Tránsito y Señalización un valor de doscientos cuarenta y un millones ochocientos cincuenta y nueve mil ochocientos dos pesos (\$241.859.802) mensual; para un valor total mensual por los tres componentes de setecientos treinta y un millones ochocientos ochenta y nueve mil doscientos treinta y cinco pesos (\$731.889.235), valores a los cuales se aplicará lo establecido en el párrafo cuarto del numeral 10.2.1 del contrato en relación con los descuentos en caso de no cumplimiento de las labores por parte del contratista.

“Parágrafo primero: los ajustes correspondientes se pagarán por el rubro de ajustes del contrato No. 135 de diciembre de 2007 a

partir del mes de agosto de 2012, las variaciones del ICCO que ocurran entre esa fecha y la fecha correspondiente al mes de ejecución, se harán con cargo al valor correspondiente a los ajustes, previstos en el numeral 9.1.3 del contrato No. 136 de 2007.

“Parágrafo segundo: el pago la presente adición en valor, plazo y otrosí se sujetará a la apropiación presupuestal correspondiente, de conformidad con el certificado de disponibilidad presupuestal”.

U. Adición No. 10 de 27 de septiembre de 2013:

“Cláusula 1: adicionar el valor total del contrato de obra 136 de 2007 en la suma de veinticinco millones ochocientos cincuenta mil doscientos treinta y un pesos M/CTE (“25.850.231) para el cubrimiento global del componente social, ambiental y de manejo de tránsito y señalización de las obras asociadas a la terminación de la calle 24 entre carrera 10 y carrera 13.

“Parágrafo: el valor adicionado se sujetará a la apropiación presupuesta correspondiente de conformidad con el certificado de disponibilidad presupuestal No. 3365 del 13 de septiembre de 2013, por valor de veintiséis millones de pesos (\$26.000.000) expedido por el IDU.

“Cláusula 2: Forma de pago: el valor previsto en la cláusula anterior se cancelará en un único pago una vez sean recibidas a satisfacción todas las obras asociadas con la terminación de la calle 24 entre carrera 10 y carrea 13, sin perjuicio de la aplicación de las fórmulas contempladas en la cláusula 10.2.1 del contrato IDU-136-2007”.

V. Otrosí No. 1 Prórroga No. 1 a la Adición No. 7 de 3 de abril de 2014:

“Cláusula 1: prorrogar el plazo establecido en la cláusula tercera de la adición No. 7 del contrato 136 de 2007, por el término de noventa y cuatro (94) días calendario.

“Parágrafo: la presente prorroga no genera ningún costo adicional para el IDU”.

W. Prórroga No 11:

“Cláusula 1: prorrogar el plazo de la etapa de construcción establecida en la cláusula tercera del contrato de obra IDU 136 de 2007 por el término de ciento dos (102) días a partir de la fecha actual de vencimiento. La fecha de finalización de la etapa de construcción será el 10 de julio de 2013 de

conformidad con lo establecido en la reprogramación de obra No 7.: 1 de abril de 2013.

“Cláusula 2: el valor por concepto de costo global de ambiental, social y manejo de tráfico, se pagarán de conformidad con la cláusula segunda de la adición en valor No. 9, Prórroga No. 10 y Otrosí No. 10 del 30 de octubre de 2012, y con cargo al saldo disponible a favor del contrato por este mismo global de mil ciento veinticuatro millones ochocientos cincuenta y tres mil doscientos ochenta y seis pesos M/CTE (\$1.124.853.286), previa revisión y aprobación de las plantillas de personal”.

X. Prórroga No. 1 al contrato adicional No. 3 de 9 de abril de 2012:

“Cláusula 1: prorrogar el plazo del contrato adicional No. 3 al contrato IDU 136 de 2007, por el término de cuarenta (40) días, contados a partir de su fecha actual de vencimiento, esto es, a partir del 9 de abril de 2012 hasta el 18 de mayo de 2012.

“Parágrafo: los cuarenta (40) días de la presente prórroga corresponden a diecisiete (17) días aprobados mediante la reprogramación de obra No. 5 al contrato IDU 136 de 2007 y a veintitrés (23) días restantes correspondientes a causas no imputables al contratista avalados por la interventoría, expuestos en el numeral 10 de la parte considerativa del presente documento.

“Cláusula 2: la presente prórroga, se pagará de conformidad a lo previsto en la cláusula segunda del contrato adicional No. 3, literal b – Forma de pago de obras de construcción, con cargo al certificado de disponibilidad presupuestal No. 6163 del 31 de agosto de 2009 expedido por la Subdirección Técnica de Presupuesto y Registro Contable del IDU, que soporta el citado contrato. Parágrafo: el sistema de pago por precios unitarios previstos en la cláusula segunda literal b, del Contrato Adicional No. 3, comprende tanto las obras civiles de construcción requeridas para el box peatonal, como las actividades necesarias para la adecuación de redes existentes afectadas por la ejecución del contrato adicional y las laboras ambiental, de gestión social, manejo de tráfico y señalización”.

Y. Prórroga No. 2 al contrato adicional No. 2 de 5 de octubre de 2011:

“Cláusula 1: prorrogar el plazo del contrato adicional No. 2 al contrato 136 de 2007 en la etapa de construcción señalado en la Cláusula 3 del contrato IDU 136-2007, por el término de un mes y medio (1.5), contados a partir de la fecha de su actual vencimiento.

“Parágrafo primero: la presente prórroga, no genera erogación alguna para el IDU.

“Parágrafo segundo: la Dirección Técnica de Gestión Contractual a la fecha, no tiene conocimiento de trámites conminatorios de multa pendientes o en curso hacia el contratista por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato adicional No. 2 al contrato IDU 136 de 2007”.

- Z. Prórroga No. 3 al contrato adicional No. 2 de 20 de noviembre de 2011:

“Cláusula 1: prorrogar el plazo del contrato adicional No. 2 al contrato 136 de 2007 en la etapa de construcción señalado en la cláusula 3 del contrato adicional No. 2 al Contrato IDU 136 de 2007, por el término de un mes y medio (1.5), contados a partir del 20 de noviembre de 2011.

“Cláusula 2: la presente prórroga no genera erogación alguna para el IDU.

“Parágrafo primero: El contratista asumirá los mayores costos que se generen por la mayor permanencia y los costos de la interventoría para esta prórroga, los pagos mensuales de interventoría por parte del contratista se deberán realizar una vez el IDU profiera aprobación escrita sobre el cumplimiento de las obligaciones mediante la aprobación del informe mensual”.

- AA. Prórroga No. 4 al contrato adicional No. 2:

“Cláusula 1: prorrogar el plazo del contrato adicional No. 2 al contrato IDU 136 de 2007, por el término de veinticinco (25) días, contados a partir de su fecha actual de vencimiento, esto es, a partir del 4 de enero de 2012.

“Cláusula 2: la presente prórroga, no genera erogación alguna para el IDU”

2. ESTUDIO DE LAS EXCEPCIONES PROCESALES FORMULADAS POR LA PARTE PASIVA

Teniendo en cuenta que TRANSMILENIO, al contestar la demanda formuló varios medios exceptivos de carácter procesal que de prosperar impedirían al Tribunal abordar el estudio del fondo de la controversia, se procederá inicialmente, como corresponde, a estudiar esas alegaciones de defensa sin perjuicio de que si ellas no prosperen, el Tribunal aborde en

capítulos posteriores el estudio de todas aquellas excepciones de fondo propuestas por las demandadas.

2.1. Explicación preliminar

Antes de entrar en el análisis de las excepciones propuestas tanto por el IDU como por TRANSMILENIO, es preciso, para evitar equívocos, definir brevemente el concepto técnico de excepción y cómo opera el fenómeno de la carga de la prueba en procesos declarativos como el que aquí se decide. Se hace ésta advertencia para entender el manejo que se le dará en éste laudo a aquellas propuestas por las demandadas.

Según el artículo 167 del Código General del Proceso, le corresponde a la parte demandante, si quiere sacar adelante sus pretensiones, demostrar en forma plena los supuestos de hecho de las formuladas en su demanda; y lo mismo sucede cuando es la demandada la que se defiende excepcionando, pero no cuando simplemente se opone o se limita hacer afirmaciones o negaciones indefinidas sin aducir hechos con valor suficiente para enervar las pretensiones alegadas por la parte actora.

En otras palabras, cuando el demandante no cumple la carga que le corresponde, la demanda no podrá prosperar, así el demandado haya probado o no sus defensas o excepciones.

Por tanto, las consecuencias desfavorables en el proceso las sufre entonces quien debió probar según la ley y no lo hizo. En cambio, la parte demandada resulta absuelta no solo cuando demuestre los hechos que configuran sus excepciones, sino cuando prueba sus afirmaciones o negaciones indefinidas, pese a que por ley no tenía por qué hacerlo.

Aunque podría sostenerse, frente al caso concreto, que las excepciones propuestas por el IDU no tienen técnicamente ese carácter, no por eso se dejarán de lado, ya que sus afirmaciones o negaciones, aunque indefinidas, constituyen manifestaciones de su derecho de oposición o defensa. No obstante, tomando esas manifestaciones como excepciones en sentido lato, se hará su pronunciamiento cuando se estudien las

distintas pretensiones solicitadas por CONFASE y frente a cada una de éstas.

Se afirma lo precedente, porque dichas afirmaciones, por expresa disposición legal, no requieren de prueba alguna (art 167, inciso 2 del CGP), y por ende, no tienen el alcance de desplazar la carga que le compete a la demandante, quien es la que debe probar los hechos que permiten la aplicación del derecho que pretende.

Ahora bien, las partes, en su oportunidad, tanto el IDU como TRANSMILENIO, formularon sus excepciones con las cuales pretenden hacer una adecuada defensa.

Pero mientras la primera fórmula, a modo de excepciones, una serie de afirmaciones y negaciones indefinidas, la segunda adujo excepciones de fondo, como se verá a continuación:

2.2. Las excepciones de TRANSMILENIO

2.2.1. La falta de competencia.

Sostiene la sociedad TRANSMILENIO que el Tribunal carece de competencia para conocer el presente asunto, porque el pacto arbitral que le sirvió de fundamento al proceso decidido mediante el laudo de 10 de febrero del 2015, se agotó con su ejercicio y, por consiguiente, la única posibilidad que tenía CONFASE era acudir a la jurisdicción contencioso administrativa.

Pues bien, no es procesalmente aceptable esta excepción, con la justificación planteada, tal como se explica a continuación:

La cláusula compromisoria, figura pactada en el numeral 21.3 del contrato 136, (solución de controversias), dispone, en lo pertinente, lo siguiente:

“Las divergencias que surjan con ocasión de la celebración,

desarrollo, ejecución, terminación y liquidación del contrato, se solucionarán a través de un tribunal de arbitramento, integrado para el efecto por tres árbitros designados de común acuerdo" (...)

"El laudo arbitral será definitivo y vinculante para las partes, de forma que se podrá impetrar decisión jurisdiccional de cumplimiento en cualquier Corte con jurisdicción sobre la parte que incumpliere" (subraya fuera de texto)"

El aparte destacado muestra así una especie de cláusula general de competencia para el Tribunal, ya que será competente para dirimir todas las controversias susceptibles de transacción que surjan entre las partes en cualesquiera de las etapas enunciadas, con ocasión de las mismas.

En parte alguna dice la ley, y sería una posición equivocada, que efectuado el balance inicial por las partes de las divergencias judiciales, tendrían que reclamarlas en una sola demanda y en un solo proceso; y que de no hacerlo así se entendería agotada la cláusula compromisoria y clausurado el derecho de acción para los afectados.

La amplitud de la **cláusula compromisoria** contrasta con lo que precisa la ley para el **contrato de compromiso**, ya que en éste esa amplitud no existe porque los compromisarios, en su respectivo contrato, deberán precisar de antemano sólo la controversia o las controversias que en forma limitativa someterán al Tribunal Arbitral.

Además, cabe recordar que la oportunidad para demandar en el campo de las controversias derivadas de los contratos del Estado, no es indefinida en el tiempo, porque estará sometida, en todos los casos, al término de caducidad propio de las aludidas acciones; vencido el cual ya no será posible intentarlas, por cuanto el fenómeno caducatorio cierra o agota el derecho de acción (artículo 164, numeral 2 letra j de la ley 1437).

Se advierte que en el presente caso la caducidad no ha operado, entre otras razones porque el contrato aún no se ha liquidado.

En otras palabras, mientras esté vigente el término de caducidad que contempla el código administrativo para este tipo de controversias,

podrán las partes llevar sus reclamos al juez del contrato, en el orden y tiempo que lo estimen conveniente. Término computable según la índole o naturaleza del contrato (instantáneo, de **ejecución sucesiva, susceptible o no de liquidación** (artículo 164 numeral 2, letra J de la ley 1437 de 2011)).

Como se infiere de lo anterior, y tal como había sido considerado por el Tribunal al asumir competencia (Acta No. 11), no prospera la excepción de incompetencia y así se declarará.

2.2.2. La cosa juzgada.

Propone TRANSMILENIO esta excepción, porque, según sus afirmaciones, al momento de iniciar este proceso, ya cursaba otro también ante la jurisdicción arbitral, en el que se alegaban los mismos hechos, participaban las mismas partes y se formulaban las mismas pretensiones; lo que a todas luces, afirma, se denomina “pleito pendiente”.

Pues bien. Echa de menos el Tribunal que el señor apoderado de TRANSMILENIO, pese a enunciar teóricamente bien la excepción, olvida que los supuestos de hecho para la prosperidad de ésta requieren una adecuada y plena demostración. Así, debió probar que los enunciados en el primer proceso, son los mismos que sirvieron de fundamento fáctico en el presente y que las pretensiones y su causa *petendi* coinciden en uno y otro.

Aunque el señor apoderado habla también de **la excepción de pleito pendiente** no le asiste la razón, porque cuando se formuló la demanda del proceso que aquí se decide (12 de agosto de 2015), ya el inicial había sido fallado desde el 10 de febrero de ese mismo año.

En este orden de ideas, la excepción de cosa juzgada no está llamada a prosperar, así se den algunos elementos comunes en los dos procesos, tales como la fuente del conflicto (los hechos de ejecución y cumplimiento del contrato 136 y sus adicionales), y que las partes también son las mismas.

Pero, y aquí se evidencia la no procedencia de la excepción propuesta, porque las pretensiones formuladas en uno y otro proceso son diferentes, (salvo formalmente la de mayor permanencia) tal como se desprende no solo de la doble columna que se expondrá más adelante a ese respecto, sino de la causa *petendi* alegada en una y otra demanda.

Se repite que para el Tribunal la falta de prueba en cuanto a la excepción de cosa juzgada, tampoco impedirá el análisis de los supuestos que la configuran, para despejar así también cualquier equívoco que se hubiere presentado sobre el particular.

Cabe recordar que la excepción de cosa juzgada tiene su raigambre constitucional, y la Carta política en su artículo 29 contempla el principio del ***non bis in ídem***; o sea, el mandato que impide que una persona pueda ser juzgada dos veces por el mismo hecho (inciso 4); y que los códigos de procedimiento la desarrollan en parecidos términos en los artículos 303 del Código General Proceso y 180 numeral 6 y 187 de la ley 1437 de 2011.

Si bien en esta última ley se le da a la excepción el carácter de perentoria procesal (art 180 numeral 6), para ser decidida en la audiencia inicial o formativa, nada impide que en otros procesos, como el arbitral, deba ser resuelta en la sentencia definitiva. (artículo 21, inciso 2 de la ley 1563 de 2012).

En ambos códigos los supuestos para la operancia de la excepción son idénticos. Así, *"la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de las partes"*.

Los párrafos que se transcriben a continuación corroboran la diferencia de los dos procesos, en cuanto a las pretensiones formuladas en los mismos. Así:

Primer proceso. Pretensiones:

*“1) Las relacionadas con los diseños y obras correspondientes a la Estación Central conexión vía operacional de la troncal Caracas y calle 26; 2) Las relacionadas con la construcción de pavimentos (rajón) de la troncal calle 26 y sus bocacalles; 3) Las relacionadas con los pavimentos de las calzadas mixtas de la troncal de la carrera 10 y sus boca calles; 4) Las relacionadas con los diseños y obras correspondientes al puente de la carrera 5ta con la calle 26 (puente recto) ; 5) **Las relacionadas con la mayor permanencia en obra hasta el 30 de octubre del 2012”.***

Segundo proceso. Pretensiones:

*“1) Las relacionadas con las obras de redes de alcantarillado público y semaforización; redes de voz y datos; y las actividades ejecutadas por el contratista para sondeos e hilados durante los años 2011 y 2012; 2) Las relacionadas con la obras del Colector Expreso Norte; 3) Las relacionadas con obras no previstas y no reconocidas en los muros 13 y 11 muros de La Paz y Torres Blancas; 4) Las relacionadas con el sobre- acarreo de escombros; 5) Las relacionadas con el ICCP con la a venida Mariscal Sucre; 6) **Las relacionadas con la mayor permanencia (periodo comprendido entre el 31 de octubre de 2012 y el 10 de julio de 2013);***

/.../

“7) Las relacionadas con la improcedencia de las decisiones negativas del IDU en respuesta de los temas mencionadas en las pretensiones anteriores”.

De esta forma, comparadas las pretensiones de uno y otro proceso, el Tribunal advierte que las mismas versan sobre hechos totalmente distintos e inclusive aquella relativa a la mayor permanencia se refiere a periodos diferentes, por lo cual es claro que en relación con lo decidido por el Tribunal anterior, no existe cosa juzgada y por lo tanto la excepción no puede prosperar.

Respecto de esta excepción también se pronunció el Tribunal en el auto mediante el cual asume competencia.

2.2.3. Falta de legitimación en la causa por pasiva.

Para el Tribunal el concepto legitimación tiene en el campo del derecho procesal un doble enfoque o sentido: el primero o **legitimación procesal o**

ad- precesum que se refiere y se ha referido durante muchos años, a la aptitud legal de la parte para comparecer en juicio, bien en su calidad de demandante o de demandada, ya personalmente o a través de su representante o apoderado.

El Código General del Proceso así lo confirma cuando se refiere a ésta como la capacidad para ser parte activa o pasiva en el proceso (artículos 53 y siguientes), legitimación procesal que debe considerar el juzgador al admitir la demanda como presupuesto procesal que es, bien de la acción o de la demanda.

En cambio, **la legitimación en la causa por activa o pasiva**, como presupuesto material de la sentencia de fondo, la califica el juez al proferirla porque allí define o constata si el actor es el verdadero titular del derecho reclamado o si la parte demandada es la titular de la oposición o la defensa o el llamado a responder.

Esta idea da a entender, contra lo que señala el numeral 6 del artículo 180 de la ley 1437 de 2011, que dicha legitimación no constituye una excepción de fondo de las que se deben decidir en la audiencia inicial del proceso, sino un presupuesto material para que la sentencia definitiva pueda ser de fondo.

Se desprende del acervo probatorio que con ocasión del contrato se evidencian, dos relaciones jurídicas bien diferenciadas en cuanto a su objeto. En primer término, la relación CONFASE- IDU - TRANSMILENIO para la construcción de la obra pública delimitada en el objeto del citado contrato; y en segundo, la relación IDU- TRANSMILENIO, en la cual éste último se obliga a pagar el valor de lo ejecutado, en los términos y condiciones acordados en el mismo.

Pero también se aclara que la segunda relación tiene una fuente diferente, con una finalidad igual, como que la relación no nace propiamente del contrato 136, sino del interadministrativo celebrado entre el IDU y TRANSMILENIO (Convenio de cooperación # 20 de septiembre de 2001).

Esta doble relación le da autonomía a TRANSMILENIO frente a la obra pública, por su calidad exclusiva de pagador, y en consecuencia las controversias surgidas con ocasión de la ejecución de los trabajos contratados, compromete sólo a CONFASE e IDU y únicamente obliga a TRANSMILENIO a pagar el valor del contrato, en la forma y en las condiciones convenidas.

Se creó en esta forma, por voluntad de la ley y de las partes, un litis consorcio cuasi necesario (art 162 del CGP) con TRANSMILENIO, para que esta empresa asuma la obligación de pagar, derivada de la ejecución, desarrollo y cumplimiento del contrato 136.

Pero es obvio también que TRANSMILENIO, en cuanto signatario del contrato, sí tiene interés en el mismo. Así, CONFASE no podía demandarlo por la ejecución de la obra, pero sí, agotado el objeto contractual, exigir su pago una vez declarada la existencia de la obligación y su exigibilidad.

Se creó una obligación a cargo de TRANSMILENIO, sin que CONFASE tenga derecho a demandar de aquella, el cumplimiento de una obligación distinta de la de pago.

Por lo expuesto se declarará no probada la excepción propuesta por TRANSMILENIO.

2.3. Las excepciones del IDU

Finalmente, y tal como se expresó anteriormente, la oposición del IDU, a modo de excepciones de fondo, será tenida en cuenta al estudiar cada una de las pretensiones formuladas por CONFASE.

3. LA TACHA DE SOSPECHA FORMULADA RESPECTO DEL TESTIGO WILLIAM YESID CIFUENTES

Tal como se indicó en los antecedentes de este laudo, el testimonio del señor William Yesid Cifuentes rendido en audiencia celebrada el 3 de

mayo de 2016, fue tachado de sospechoso por el apoderado del Instituto de Desarrollo Urbano IDU.

Sobre la tacha de testigos el artículo 211 del Código General del Proceso, dispone:

"Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

"La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso."

En relación con ese declarante, al formularse la tacha el apoderado de la convocada manifestó:

"DR. MENDOZA: No tengo más preguntas, sin embargo Doctora, pues yo quiero formular tacha del testigo para que sea resuelta en su momento, teniendo en cuenta que tienen una deuda, tal y como lo manifestó, respecto a las obras de las cuales estamos hablando en este Tribunal y que es objeto de esta reclamación".

Atendido lo anterior, si bien el Tribunal no encuentra que el testigo pueda ser tachado de sospechoso, sí tendrá en cuenta los argumentos expuestos al formularse la tacha, al momento de valorar la declaración del mencionado testigo.

4. ESTUDIO DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA REFORMADA Y LAS EXCEPCIONES FORMULADAS RESPECTO DE ELLAS

Procede el Tribunal a continuación a estudiar, en el mismo orden en que fueron planteadas, las pretensiones formuladas por la parte convocante en su reforma a la demanda, y simultáneamente, los medios de defensa esgrimidos por las convocadas.

4.1. Las pretensiones relativas al pago de las redes

En el grupo de pretensiones que en este capítulo se resuelve, la parte convocante solicita textualmente lo siguiente:

- 1.1 *Que se declare que el IDU incumplió el Contrato IDU – 136 de 2007, al no reconocer ni pagar a CONFASE, mediante los precios unitarios pactados en el Anexo 2 A y en los demás documentos contractuales, las obras civiles de redes de alumbrado público y semaforización que fueron ejecutadas por el contratista por fuera de las estaciones, estructuras, túneles y obras en edificaciones, medidas a partir de sus acometidas o conexiones.*
- 1.2 *Que se declare que el IDU incumplió el Contrato IDU – 136 de 2007, al no reconocer ni pagar a CONFASE, mediante los precios unitarios pactados en el Anexo 2 A y en los demás documentos contractuales, las obras de redes de voz y datos que se ejecutaron por el contratista por fuera de las edificaciones y estaciones (ubicadas a partir de la acometida o conexión con la red de voz y datos principal), las cuales no estaban incluidas en el Valor Global de Construcción, desglosado en el presupuesto del Adendo 6.*
- 1.3 *Que se declare que el IDU incumplió el Contrato IDU – 136 de 2007, al no reconocer ni pagar a CONFASE, con el ítem 7.2.37 del Anexo 2 A, las actividades ejecutadas por el contratista por concepto de sondeos e hilados durante los años 2011 y 2012 y que no son procedentes las retractaciones que tres (3) años después hicieran la Interventoría y el IDU respecto de las aprobaciones contenidas, entre otras, en la comunicación IML- 1-172-0406-09 de 9 de marzo de 2009 y en el memorando STAA-1600-123-14 de 19 de marzo del mismo año, respectivamente, las cuales se produjeron, además, cuando dichas actividades estaban ejecutadas por CONFASE.*

Se encamina este grupo de pretensiones a que, en síntesis, se declare el incumplimiento del contrato por parte del IDU por no reconocer ni pagar las obras civiles de redes de alumbrado y semaforización según precios unitarios pactados en ANEXO 2ª, obras que fueron ejecutadas por fuera de las instalaciones, estructuras, túneles y obras de edificaciones. Sostiene el convocante que no se reconocieron ni pagaron mediante precios unitarios las obras de redes de voz y datos ni tampoco las actividades realizadas por la contratista por concepto de sondeos e hilados.

4.1.1. Los hechos en que se fundamenta este grupo de pretensiones y la defensa propuesta respecto de ellas

Afirma el convocante que de acuerdo con lo establecido en el pliego de condiciones, literal U *“todas las redes de servicio público deben ser pagadas a precio unitario y de acuerdo con la cantidad realmente ejecutada”* excepto cuando se trate de conexión provisional de redes matrices de acueducto y redes de servicios públicos internas *“debido a que la características de estas redes aparecen debidamente descritas en planos y especificaciones suministradas por el IDU durante la etapa licitatoria, razón por la que su valor podía ser calculado e incluido en el valor global de las obras de construcción”*.

El contrato y sus anexos establecen que las actividades para redes deberán ser pagadas a precios unitarios. No obstante, sostiene el demandante, que la Interventoría a través de muchas comunicaciones, entre otras, del 11 de julio y 15 de septiembre de 2011, negó el pago el reconocimiento de las redes que reclama.

El IDU dio respuesta a la demanda oponiéndose a este grupo de pretensiones al considerar que la ejecución del contrato IDU 136-2007 se suscribió bajo la modalidad de precio global con ajuste en tanto que las redes, demoliciones y desvíos se ejecutarían a través de la forma de precios unitarios con ajuste.

Rechaza las pretensiones con el fundamento de que los trabajos de redes hacen parte de la construcción de la obra y fueron incluidas en el valor estimado global del contrato. Agrega que todas las redes se pagaron según lo estipulado en el acuerdo contractual, esto es, a precio global con ajuste como se demuestra con las actas N° 71, 72, 91, 132 y 150.

Por su parte TRANSMILENIO se opone igualmente a las pretensiones sosteniendo que no es parte sustancial en este proceso.

4.1.2. Las redes de alumbrado público, semaforización y, voz y datos

Sobre este tema en particular, sostiene la convocante que *“las actividades correspondientes a la obra civil necesaria para el funcionamiento y*

conexión del sistema de iluminación (alumbrado público) y para el sistema de semaforización electrónica, debían pagarse por precios unitarios, en virtud de las siguientes razones: i) porque así lo disponía el Anexo 1 del contrato, ii) porque cuando se determinaron las actividades para llevar a cabo dichas obras, que aparecen incluidas en el Anexo 2A del contrato y de las que hace parte el listado de ítems para pago de las obras para redes, se determinó que las mismas se pagarían por la modalidad de precios unitarios y cantidades realmente ejecutadas y, iii) porque el presupuesto de la licitación correspondiente a las obras a pagar por precios unitarios, que aparece en el Adendo No. 3, se incluyeron actividades, cantidades y precios unitarios para el pago de la obra civil de alumbrado público y semaforización”.

Para dar soporte a esta reclamación la convocante aportó las siguientes pruebas:

- a.** Adendo 3 por el cual se modifica el presupuesto oficial estimado en la suma de \$1.153.582.227.605. Se establece una cantidad por precio total global y otra, por precios unitarios. Dentro de esta última se discriminan 3 ítems: obras para redes, demoliciones de predios y desvíos. Se señala que el proponente ofertará el valor global de acuerdo al ANEXO 2 y el valor de los precios unitarios relacionados en el ANEXO 2A.
- b.** Adendo 6 por el cual se ajusta y aclara el presupuesto oficial por grupos. En este se conservan las dos formas de pago estipuladas en el Adendo 3 y los ítems a que pertenece cada una de las obras
- c.** El Contrato N° 136 suscrito el 28 de diciembre de 2007, del cual es importante resaltar las siguientes cláusulas:
 - Cláusula 9 precio

En el numeral 9.1 se pactó el valor global discriminando el valor por cada actividad y en el 9.1.2 se acordó que a los precios unitarios se les da un valor total de \$59.804.210,788 y que comprenden obras de construcción de redes, demolición de inmuebles y adecuación de

desvíos a que se refieren especialmente los apéndices C y D.

Esa suma se estableció como máximo, sin embargo se advirtió que en caso de agotarse por hechos no imputables al contratista o por regulación del ítem de obras no previstas, previo juicio del IDU, se establecería una mayor cantidad de obra, para lo cual el contratista debería advertir al interventor 3 meses antes de su agotamiento.

Se convino también que, para el pago por modalidad de precios unitarios, la aceptación de mayores cantidades de obra o el ítem de obras no previstas, quedaría sujeto al trámite presupuestal, sin perjuicio de que el contratista pudiera proseguir las obras sin necesidad de contrato adicional.

- Cláusula 10 forma de pago

En relación con esta estipulación contractual resulta necesario destacar lo siguiente:

En el numeral 10.2 relativo a las actas mensuales de obra se acordaron dos posibles conceptos, a saber:

10.2.1. **Concepto** 1 Valor global total durante la etapa de construcción.

10.2.2 **Concepto** 2 Valor por precios unitarios obras para redes, demolición de predios y adecuación de desvíos.

- 13. Ítems de obras no previstas

Analizado el contrato se observa que el pago de las obras para redes, demoliciones y desvíos se convino a precios unitarios en razón a la incertidumbre que existía acerca de las cantidades de obras que se requerirán en cada uno de esos conceptos para cumplir el objeto del contrato por lo cual al momento de la licitación para las partes las cantidades de obra de esos ítems fueron simplemente estimadas.

- d. Apéndice A en el cual se relacionaron las actividades que se desarrollarían dentro de cada una de las etapas de la obra contratada.

En el aparte de INTRODUCCIÓN páginas 8 y 9 se registró lo siguiente:

*"Las Obras de Construcción incluyen todas aquellas requeridas para la construcción y completa adecuación, para la operación del **Sistema Transmilenio**, de los corredores viales de acuerdo al límite de intervención, incluyendo, sin limitarse a estas: espacio público, **calzadas de Transmilenio y Calzadas de tránsito mixto**, Estaciones, Estructuras, Túneles y **Patio (garaje)** obras que se ejecutarán durante la etapa de construcción. Estas obras también incluyen la infraestructura de redes internas y toda su infraestructura de las estaciones sencillas, túneles peatonales y **Patio (garaje)**, hasta la acometida o conexión con la entrega a la red principal de servicios públicos correspondientes"*

*"La ejecución de las **Obras de Construcción** por parte el **Contratista** de acuerdo con las especificaciones contenidas en este apéndice y en los demás que hacen parte del **Contrato de obra**, permitirá el cumplimiento del objeto contratado.*

*"Adicional a las **Obras de Construcción**, el **Contratista** ejecutará, las obras para redes necesarias para la reparación, rehabilitación, reubicación, renovación y construcción de las redes y/o accesorio de servicios públicos domiciliarios de acuerdo con las previsiones contenidas en el **Apéndice C** del contrato."*

Este Apéndice determinó el alcance de las obras físicas que debía realizar en su totalidad la contratista. Así, en su numeral 2.2. se incluyó la descripción general de las obras que correspondían a seis trabajos en las carreras décima y ocho sobre la calle 26. Igualmente se indicó que todas las obras de construcción se pagarían a valor global excepto aquellas en las que se señalara un pago en forma diferente.

En la lista de obras cuyos diseños y estudios debía realizar el contratista, se describen los literales de la a) a la z) de los cuales bien puede destacarse el contenido en el literal u) así:

"u. Obras para Redes, de acuerdo con lo previsto en el Apéndice C que comprende entre otras, las siguientes actividades: Adecuación, construcción, renovación,

rehabilitación, recuperación y traslado de las redes de servicios públicos, incluyendo protecciones, estructuras y elementos de concreto reforzado, las cuales se pagaran a Precios Unitarios”

e. Anexo 1 - Definiciones.

En relación con los conceptos definidos, el Tribunal considera necesario destacar los siguientes:

“46 Obras para Redes

*Aquellas requeridas para traslado, movimiento, construcción, renovación y rehabilitación de redes y/ o accesorios de Servicios Públicos de acuerdo con las especificaciones del **Apéndice C** del **contrato**, tales como las **Obras para Redes** serán ejecutadas dentro de la **Etapas de Construcción** y se pagarán de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 10 del contrato. Las obras para redes al interior de las edificaciones se pagarán dentro del Global de las Obras de Construcción”*

*“12. **Cantidades de Obras para Redes.** Se entenderán las cantidades de unidad de cualquiera de los **Ítems de Obras para Redes** a que se refiere el **Anexo 2ª** del **Pliego de Condiciones** y las que surjan en el desarrollo del contrato que sean necesarias para traslado, movimiento, construcción, renovación y rehabilitación de redes de servicios Públicos para cumplir con las especificaciones previstas en el Apéndice C. Las **Cantidad de Obras para Redes** servirán de base para determinar el valor de las **actas mensuales de obra** particularmente respecto del PAGO descrito en la Cláusula 10 de este contrato y se pagarán a precios unitarios”*

En esa Cantidad de obras de redes no contemplaban Redes Internas para edificaciones del proyecto cuyo pago está incluido en el Valor Global de la construcción, por tanto, la medición para efectos de pago de Cantidades de obras para Redes a precios unitarios se haría a partir de las cajas domiciliarias de cada edificación o del contador de la empresa respectiva, denominadas como redes externas.

“38. Ítem de Obras para Redes.

*“Es la denominación que se aplica a cualquiera de los grupos de obligaciones y/o requerimientos a cargo del Contratista necesarios para ejecutar la **Cantidad de Obras para Redes** y las mayores **Cantidades de Obras para Redes** cuando quiera que esa ejecución se haga necesario por razones no imputables al*

Contratista a los cuales se refieren el Anexo 2 A del **Pliego de Condiciones** y para los cuales se especifican precios por cada unidad de medida, **Precios Unitarios para Redes** que corresponden a los presentados en la propuesta por el **Contratista**”

Los Ítems de Obra de Redes servirán exclusivamente para determinar la valoración de las **Cantidades de Obras para Redes** en los términos de la Cláusula 10”

“54. Precios unitarios para Redes.

Corresponde a los precios ofertados por el Contratista aplicables a la unidad de cada **Ítem de Obra de Redes**. Tales precios se encuentran discriminados en el Anexo 2 A del **Pliego de Condiciones** que se presentó en la propuesta”

“68. Valor unitario para Obras de Redes

Será el monto máximo a que se refiere la Cláusula 9 para las **Obras para Redes** diferente a las redes internas de las edificaciones que se paga por valor global de construcción”.

f. Anexo 2A

Contiene este documento una sábana de ocho hojas con un listado de los ítems de obras discriminados por su unidad de medida, el precio unitario y el precio unitario presupuestado de cada una de ellas.

g. Apéndice C

En la introducción de este documento se determina su alcance y encierra la descripción de todas las obras para redes que deberá ejecutar el contratista durante la etapa de construcción de las obras. Del mismo, cabe destacar los siguientes ítems:

REDES DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO: Que la realización de las actividades de redes de acueducto y alcantarillado y drenaje se remunerarán al contratista de conformidad con lo previsto para el pago de las **Obras para Redes** en el **Contrato de Obra**, del cual este **Apéndice** forma parte.

“3 REDES DE ENERGÍA ELÉCTRICA CODENSA ESP Y TELEMATICAS.

Tiene por objeto “la construcción de las obras civiles necesarias para el sistema de iluminación, subterranización de redes y acometidas de EJECUCIÓN DE LAS OBRAS DE CONSTRUCCION Y

TODAS LAS ACTIVIDADES NECESARIA PARA LA ADECUACIÓN DE LA CALLE 26 (AVENIDA JORGE ELIECER GAITAN) Y DE LA CARRERA 10(AVENIDA FERNANDO MAZUERA) AL SISTEMA INTEGRADO DE TRANSMILENIO y SU POSTERIOR MANTENIMIENTO EN LA CIUDAD DE Bogotá, que comprende las vías principales, ciclo rutas (...)

“El IDU a través de su **contratista** ejecutará únicamente las obras civiles necesarias para canalización, cimentación de postes y cimentación de subestaciones para la realización de obras eléctricas. Los ítems eléctricos serán ejecutados por CODENSA S.A (...)

“Además del alcance indicado en este documento y los planos anexos, el **Contratista** deberá considerar todos los trabajos y obras civiles que se requieran para el buen desarrollo del proyecto (...)

“La realización de las actividades descritas se remunerarán al contratista de conformidad con lo previsto para el pago de las **Obras para Redes** en el **Contrato de Obra**, del cual este **Apéndice** forma parte”

“4 REDES DE TELECOMUNICACIONES.

“En estas redes el Contratista deberá adelantar las obras civiles necesarias para el traslado de las redes afectadas por calzadas, según lo indicado en los planos de diseño (...)

“Atención especial a la red de Fibra Óptica de la ETB y las redes que contengan canalizaciones de otros servicios tales como televisión por cable y las demás redes telemáticas existentes en el corredor.

(...) con relación a las redes telefónicas el contratista será responsable de las obras civiles; la instalación de cables y conductores, así como las conexiones respectivas con responsabilidad de las ESP (...)

“Para la ejecución de obras el **Contratista** deberá verificar, ajustar y cumplir con las recomendaciones realizadas por ETB, Colombia TELECOMUNICACIONES, EPM-BOGOTA, EPM-TELECOMUNICACIONES, FONDO DE SEGURIDAD Y VIGILANCIA y además empresas de telefonía, voz y datos”

5 REDES DE SEMAFORIZACIÓN

En el aparte de GENERALIDADES se advierte que la Secretaria Distrital de Movilidad “se encarga únicamente de la programación y planeamiento de los semáforos definitivos. Todas las instalaciones provisionales o movimientos semaforico estarán cargo del Contratista (...) Los movimientos provisionales de mobiliario semaforico existente,

que se requieran durante la obra, son actividades que deben reconocerse a precios unitarios (...)”

h. Dictamen pericial aportado como prueba de parte de la convocante

En la experticia, expone el perito que según el Apéndice C - Especificaciones de redes de servicio público- las obras civiles para redes de energía y semaforización definitiva, redes telemáticas y comunicaciones se pagarían a precios unitarios.

Que en el contrato IDU 136-2007 se precisó que las obras para redes objeto del contrato presentan dos modalidades: una cuyas actividades y cantidades se podían determinar en el proceso licitatorio y que se pagarían como parte del valor global de obras de construcción, y otras, que se pagarían a precios unitarios por cuanto sus ítems o cantidades no se podían determinar en la etapa licitatoria

- Respecto de las obras civiles para redes y datos relacionadas en el apéndice A - Especificaciones particulares de construcción - esto es, canalización de dos ductos en PVC tipo TDP, caja sencilla en el separador central y un tubo de 1" en tubería EMT para vagones tipo W1 y W3, se precisa que se trata de aquellas necesarias para el adecuado funcionamiento del sistema de voz y datos.

Que en el ADENDO 6 la Entidad discrimina actividades correspondientes a obras de redes de voz y datos que se pagarían dentro del precio global *“pero eran ítems y cantidades que se podían determinar en la etapa licitatoria”*. Para el experto ninguna de las actividades que consagra este Adendo se refiere a obras civiles para redes construidas en el exterior de las edificaciones.

Agrega, que por el contrario en el Anexo 2A del Adendo 3 se relaciona un listado de obras de redes de voz y datos que se pagarían a precios unitarios así:

“4.1.1 excavación manual de 00 a 2.00 m de profundidad,

4.2.5 suministro e instalación de relleno tipo 8, 7.2.17 construcción Cámara de inspección CPD, 7.2.25 construcción y cámara de paso CPS y 7.3.23 canalización de ductos 4" PVC TDP"

Finaliza esta clase de redes diciendo que *"las obras para redes de voz y datos de Transmilenio construidas en el exterior de las edificaciones (...) no están incluidas en el Valor Global para obras de construcción y, en cambio, si están incluidas en el Valor Estimado por obras a precios Unitarios para Redes"*.

- En relación con conexión de sistema de alumbrado dice el perito que en el Adendo 6 se discriminan obras que hacen parte del precio global, aunque solo aparece el listado de obras que podían determinarse durante la etapa licitatoria.

Sin embargo, en el mismo presupuesto del Adendo 6 se *"discriminan varias actividades de obra que hacen parte del Valor Estimado por obras a precios unitarios para Redes pagaderas a precios unitarios aparecen los siguientes ítems de obra correspondiente a las obras de conexión del sistema de iluminación construidas por el contratista en el exterior de las edificaciones"*.

Que adicionalmente en el Anexo 2A se hace una relación de actividades para redes, entre las cuales se observan ítems para la conexión del sistema de iluminación, pagaderos a precios unitarios. El listado relaciona algunos ítems 4, otros del 6 y uno final ítems 7.3.26

Indica que estas obras de redes para la conexión del sistema de iluminación (alumbrado público) no están incluidas en el valor global para obras y, en cambio, sí están incluidas en el valor estimado por obras a precios unitarios para redes.

- En cuanto a la conexión del sistema de semaforización, agrega, que en el presupuesto desglosado del Adendo 6, donde se relacionan las obras que hacen parte del valor global, no aparecen ítems para esta clase de red. Por el contrario, en este mismo Adendo 6 donde se

discriminan las obras que hacen parte del valor estimado a precios unitarios, aparecen varias obras del ítem 8 que corresponde al 8.1 y al 8.2.1 y que se refiere a intersecciones semaforizadas hasta el 8.2.18.

Continúa el experto analizando que en el Anexo 2A la contratante discrimina actividades de obra correspondientes a las de conexión de sistema de semaforización que se pagarán a precio unitario. El listado trae los siguientes ítems: una excavación manual, suministro e instalación de relleno tipo 8, construcción de cámara de inspección CPD, canalización 1 ductor de 2" PVC, construcción de caja de peso de 6° cm x 50cm.

El perito coincide en las mismas razones anteriores para afirmar que las obras para la conexión del sistema de semaforización no están incluidas en el valor global para obras de construcción, pero sí están incluidas en el valor estimado para obras a precios unitarios.

Que este Adendo adiciona unos nuevos ítems que hacen parte de obras no previstas y que fueron objeto de acta de aprobación previa correspondiente a obras de redes externas de conexión de energía, semaforización y de voz y datos.

- i. Comunicaciones contentivas de las peticiones que el contratista presentó ante el IDU reclamando el pago de las obras de redes así: CBF-I-0795-10, radicado IDU 042667 del 28 de mayo de 2010; CBF-I-1551-10, radicado IDU 2010-526-041998 2 del 29 de octubre de 2010; CBF-I-0885-11, radicado IDU 2011-526 065447 2 del 28 de junio de 2011; CBF-I-0952-11, radicado IDU 2011 26076411 2 del 4 de agosto de 2011; CBF-I-1412-11, radicado IDU No. 2011 526 092446 2 del 30 de septiembre de 2011 y CBF-I-1511-11 del 14 de octubre de 2011.

Verificada y analizada la totalidad de las pruebas hasta aquí relacionadas, el Tribunal estima que la reclamación que trae la demanda relacionada con las redes de semaforización, alumbrado eléctrico, redes de voz y datos tienen pleno respaldo jurídico y probatorio, pues es claro que desde el pliego de condiciones se estructuró la construcción de unas obras que

conformarían el objeto contractual a que se refiere el Contrato 136 de 2007 las que se pagarían dentro de un precio global con ajuste pero que habría otras, excepcionales, que debido a la incertidumbre respecto de sus características y su cantidad, debían ser ofertadas a precios unitarios.

En efecto, la Licitación Pública No. IDU-LP-DG-022-2077, recogiendo el interés del gobierno distrital, concluyó con la suscripción del Contrato 136 de 2007 cuyo objeto fue la totalidad de las obras de construcción y demás actividades para la adecuación de la calle 26 y la carrera 10 del grupo 3 tramos 4, 5, y 6 de la Fase III de Transmilenio.

En el Apéndice A se dispuso que el contratista ejecutaría además de las obras de construcción otras *"obras para redes necesarias para la reparación, rehabilitación, reubicación, renovación y construcción de las redes y/o accesorio de servicios públicos domiciliarios de acuerdo con las previsiones contenidas en el **Apéndice C** del contrato"*

Dicho apéndice, cuya finalidad no es otra que indicar en forma detallada las obras civiles que debían ejecutarse para la construcción de todas las redes, da luces al Tribunal no solo de los requerimientos técnicos propios que debía cumplir cada una de las redes, sino también la forma prevista para el pago de algunas redes como la de alumbrado público y telemáticas.

En la cláusula novena del contrato principal se convino su precio, el cual a su turno se discriminaba en dos rubros, a saber, uno para las obras que hacían parte del valor global y otro que se pagarían a precios unitarios, por vía de excepción a la regla general de remuneración por precio global. A renglón seguido, se observa la cláusula décima en la cual se pactaron las formas de pago donde se acordó que las obras para redes, demolición de predios y adecuación de desvíos se pagarían por el sistema de precios unitarios.

Igualmente se evidencia en el Anexo 1 del contrato, la definición de todos y cada uno de los conceptos del acuerdo, en particular el de redes en sentido general y de cada una de ellas en forma específica. Que las

cantidades de obras para redes, se entenderían en unidades de medida dando a cada una de ellas un valor unitario, que se encontraba discriminado en el Anexo 2A.

En este Anexo, en el aparte de redes, indica que las obras construidas en el interior de las edificaciones se pagarían a precio global; adicionalmente, en el Apéndice C. se precisó que las redes externas se pagarían de acuerdo con lo establecido en las cláusulas 10 y 13 del contrato, esto es a precios unitarios.

A más de lo anterior, se observa que en el Adendo 6 se discriminan una serie de actividades de obras correspondientes a conexión del sistema de iluminación que serían pagaderas a precio global, pero así mismo, se relacionan ítems en otro de sus presupuestos desglosados para estas mismas redes que se pagarían a precios unitarios.

En este mismo Adendo 6, si bien la Entidad identifica unas actividades de obras de redes internas de voz y datos con pago discriminado dentro del valor global, el Tribunal observa que ellas únicamente corresponden, según la prueba pericial y documental, a las actividades que podrían determinarse y cuantificarse desde la etapa de la licitación. Nada dice de las obras que se construyen en el exterior de las edificaciones.

Pero, en el Anexo 2 A la Entidad relaciona una serie de ítems de obra de estas redes y las clasifica como pagaderas a precio unitario.

En relación con redes de semaforización, en el Adendo 6 se enuncian actividades de obra para estas redes que se pagarían a precios unitarios sin que relacione ítems de esta clase de redes que hagan parte del valor global.

Para el Tribunal merece especial atención la reunión que concluyó con la elaboración del Acta N° 1 en la cual asistieron además de la Directora Técnica, la Coordinadora de Obra y seis funcionarios más por parte del IDU y, seis empleados de la constructora cuyo objeto fue dirimir las controversias contractuales. En ese documento, los representantes del IDU

y de Confase S.A. acordaron:

"8. Aclaración de pago de obras de alumbrado público y semaforización por precios unitarios"

"Se aclara por parte del IDU que estas obras se pagan por precios unitarios de redes de servicio público con los precios previstos en el Anexo 2 A tal y como lo establece el Contrato. Lo anterior, teniendo en cuenta que al revisar el Adendo 6 se observar que estas obras no están incluidas dentro del presupuesto del Global de Obras de Construcción; pero sí están previstas dentro del presupuesto de Precios Unitarios incluido en dicho Adendo y cuenta con ítems y precios unitarios en el Anexo 2 A del Contrato.

"Con lo anterior se resuelve por parte del IDU la aclaración solicitada por el contratista a través de la comunicación CBF-I-609-09, radicado IDU No. 023502 del 6 de marzo de 2009".

Este documento es una manifestación de voluntad de las partes contratantes donde se dejó claro que la finalidad de la reunión no era otra que resolver las controversias contractuales. Así, en relación con la discusión sobre la forma de pago de las obras para redes, la Entidad reconoció que las obras de alumbrado público, semaforización, y voz y datos, se pagarían por precios unitarios de redes de servicio público según lo previsto en el Apéndice C y en el Anexo 2 A.

En este acuerdo contractual no se observa la firma del Interventor, hecho este que en criterio del Tribunal no le resta valor jurídico dado que, como primera medida, el contrato no trae disposición alguna que se refiera a una invalidez de los acuerdos por la falta de firma del interventor, pero además, en el Manual de Interventoría vigente en la fecha, tampoco se observa exigencia expresa a este respecto.

El texto del acuerdo al que llegan los contratantes, mirado desde el punto vista general de estas reclamaciones del contratista, no es más que una precisión adicional de la misma voluntad que se encuentra plasmada en una serie de documentos del contrato, que ya fueron mencionados en aparte anterior de este laudo, y que llevan a la conclusión de que las obras de redes se pagarían por precios unitarios.

Finalmente, de los testimonios recibidos por el Tribunal se puede inferir que las obras civiles para redes se remunerarían por el estimado de precios unitarios.

Así por ejemplo, en su declaración, la ingeniera Claudia Tatiana Ramos indicó que le constaba gran parte de la ejecución del contrato N° 136 de 2007 en su condición de Directora de Obras y luego gerente de Confase. Según lo dicho, el contrato definía muy claro cuáles obras de redes se pagarían a precio global y cuáles, a precio unitario, así: las internas estaban dentro del estimado valor global, pero las externas se reconocerían a precio unitario.

La ingeniera Coordinadora del IDU, Valentina Botero, confirma que algunas redes se pagaron a precio unitario y otras que hacían parte de la infraestructura se pagarían a precio global.

A su turno, el ingeniero Edgar Herrera, Director de obras de Confase, coincide con lo dicho por la testigo Ramos. Agrega que dentro de las obras pagaderas a precio unitario estaban las de redes de servicio público como acueducto, alcantarillado, canalización para telefonía y energía, redes de voz y datos y semaforización. Y agrega finalmente, que en el Anexo 2 A hay una serie de ítems identificados con el numeral 8.2.1 al 8.2.18 que se refieren específicamente a las obras para redes de semaforización.

A pesar de la claridad de la voluntad de la contratante reflejada en los documentos contractuales, la posición de la interventoría siempre fue contraria a ella. Tal como consta, entre otros, en los oficios No. IML-1-172-2038-11 del 15 de septiembre de 2011, e IML-1-172-1380-11 del 11 de julio de 2011 mediante los cuales se negó a aprobar el pago de las obras de redes de alumbrado público y semaforización ejecutadas por la contratista por fuera de las estaciones, estructuras, túneles y obras en edificaciones. Que se le venían reconociendo dentro del pago mensual global, por lo tanto, no se le reconocerían por precio unitario.

Para dar soporte a esta afirmación el IDU sostuvo desde la contestación de

la demanda que la Interventoría recibió y avaló actas parciales de pago números 71, 72, 91, 132 y 150.

Para el Tribunal las mencionadas actas no corresponden a actas parciales de pago. Una vez leídas y revisadas cada una de ellas se observó que las N° 71, 72, 91, 132 y 150 textualmente se encuentran definidas como “Actas de Mayor Cantidad de obra”.

En el cabezote de cada una se lee que el día (la fecha del acta) se reunieron los representantes legales de la contratista, el IDU y de la Interventoría *“con el fin de dejar constancia de la autorización para la ejecución de la mayor cantidad de obra relacionada a continuación (...)”*. Pero además, en la hoja siguiente aparece un CDP por una suma exactamente igual a la registrada en el acta. El valor total se discrimina en dos rubros, uno llamado gestión de infraestructura y otro, transporte público.

Por último y en lo que hace al acta N° 80 se denomina Acta de Ajuste pero corresponde a un acta de Recibo Parcial, en cuya parte final *“los intervinientes dejan constancia de los ajustes que se detallan a continuación (...)”*.

Ninguna de las actas que relaciona el IDU como prueba de oposición a las pretensiones puede ser considerada como acta de pago, dado que, como se evidenció no son documentos que acreditan pago ni es constancia de ello.

Por lo hasta aquí expuesto y analizado probatoriamente, el Tribunal precisa que las obras civiles necesarias para poner a funcionar la conexión de alumbrado público, el sistema de semaforización y la red de voz y datos, dado que, se encuentran incluidas en el aparte de “Obras para Redes” definidas y clasificadas en el texto de los documentos contractuales, deberán pagarse a precios unitarios.

Pero además, en el Otrosí N° 2 cláusula octava las partes pactaron que las redes ejecutadas se facturarían de acuerdo con lo realmente ejecutado y

se pagarían por precios unitarios,

A esta misma conclusión llegó el peritazgo técnico, esto es, que las obras civiles para las redes que reclama la constructora cuyas cantidades NO se podían determinar en la etapa de licitación se pagarían por precios unitarios y están incluidas en el contrato 136 del 2007 en “*Valor Estimado por Obras a precios Unitarios para Redes*”.

Esta afirmación del experto refuerza la conclusión del Tribunal, pues resulta claro que si al momento de la elaboración de los pliegos no existía para los intervinientes claridad sobre las cantidades de obra a ejecutar, mal podría entenderse que las mismas quedaban incluidas en el precio, pues precisamente su indefinición justifica el pago a precios unitarios.

Con base en las anteriores consideraciones y en desarrollo de las previsiones contractuales, para el Tribunal es claro que procede declarar el incumplimiento de la obligación a cargo del IDU de reconocer y pagar al contratista las sumas reclamadas como contraprestación económica por la ejecución de las obras de redes externas que incluyen alumbrado público, semaforización y redes de voz y datos, en los términos en que fue contraída la obligación a precios unitarios.

4.1.3. Las pretensiones relativas al pago de sondeo e hilado

4.1.3.1. Los hechos en que se fundamenta este grupo de pretensiones y la defensa propuesta respecto de ellas

La convocante reclama una condena por este concepto fundada, en síntesis, en los siguientes hechos:

Que en el mes de febrero de 2009 remitió a la Interventoría los análisis de precios unitarios APUs para redes de energía, revisión y aprobación.

En respuesta a esta comunicación la Interventoría, después de la revisión de las APU's, los devolvió para corrección y ordenó adicionar el siguiente texto: “no incluye sondeo e hilado NO INCLUYE NI EXCAVACION NI

RELLENOS DE CARGUE, RETIRO Y DISPOSICION DE MATERIAL DE DESCARGUE"

Agrega que las actividades de excavación y rellenos se debían pagar por metro cúbico, dada la *"incertidumbre en cuanto ancho y profundidad de la excavación"* y que para estos ítems se utilizarían los que aparecen en el Anexo 2A, así: *"Sondeo e hilado: se pagarán con el ítem 7.2.37 correspondiente al sondeo ducto libre (incluye sondeo: paso de mandril y guía)"*

La contratista procedió a cumplir la orden de Interventoría haciendo la corrección pedida y el IDU entonces dio el visto bueno a estos ítems.

Finalmente relata la convocante, que en comunicación de 14 de junio de 2012 dirigida al IDU, la Interventoría emitió concepto sobre no reconocimiento del sondeo e hilado por cuanto estos ítems hacen parte de la prueba de la calidad que el contratista debe ejecutar para garantizar la obra ejecutada y por lo tanto debían ser considerados como actividad implícita del AIU en el cargo administración.

Por su parte, el IDU se opuso a las pretensiones de la demanda toda vez que, en su concepto, lo sondeos de redes son una prueba de calidad a cargo del contratista, y por lo tanto se trata de una actividad implícita del AIU.

TRANSMILENIO se opuso igualmente a estas pretensiones.

4.1.3.2. Las pruebas aducidas por la convocante

Para acreditar su dicho la convocante aportó el siguiente material probatorio:

- a. Comunicado N° CBF-I-0535- 09 del 17 de febrero de 2009 por el cual la contratista presenta a la Interventoría el Análisis de precios unitarios APU no previstos para redes de energía.

b. Oficio IML-1-172-0299-09 del 20 febrero mediante el cual la Interventoría hace la revisión de los APU's pero los devuelve sosteniendo que *"esta Interventoría se permite enviar los siguientes APU's debidamente corregidos"* agregó en cada uno de los ítems un texto *"no incluye sondeo e hilado"* Adicionalmente agrega al final del documento *"En cuanto a las actividades de excavación y rellenos debido a la incertidumbre en cuanto ancho y profundidad de la excavación por la poca disponibilidad de espacio para la construcción se deben de pagar a M 3"* y se utilizaran el Anexo 2 A y en relación a sondeo e hilado se pagará con el ítem 7.2.37

c. Oficio N° IML-1-172-0406 -09 de 9 de marzo de 2009 por el cual la interventoría aprobó los precios unitarios y los remitió al IDU, advirtiendo que los APU's no se encontraban dentro del listado del Anexo 2A pero se requerían para la ejecución de las obras de redes proyectadas.

d. Memorando del 19 de marzo de 2009 de la convocada por medio del cual se dio visto bueno a los ítems AD- 027 al AD-033 con la anotación, en cada uno, que no incluye sondeo e hilado.

e. Comunicación de abril de 2009 de la interventoría, por la cual remitió al IDU el acta N° 8 de fijación de precios no previstos con la nota expresa de que no se incluía el costo por sondeo e hilado.

f. Oficio IML -1-172-1725-12 del 14 de junio de 2012 dirigido al IDU en el que la Interventoría conceptúa sobre no reconocimiento de sondeo e hilado.

g. Dictamen técnico aportado por la convocante donde expone que el Adendo 6 no incluye actividad alguna de sondeo, pero que en el Anexo 2 A se observa el ítem 7.2.37 sondeo e hilado.

El Tribunal considera que esta pretensión es viable dada la abundante prueba que obra en el proceso y que permite concluir que la actividad de sondeo e hilado constituye, conforme a lo convenido por las partes, un ítem de construcción, que se remunera a precio unitario y se discrimina en el Anexo 2A.

La contratista ante la objeción formulada por la Interventoría en el comunicado IML-1-172-0299-09 para que se corrigiera el APU excluyendo el ítem sondeo e hilado, con la anotación que se pagarían a través del Anexo 2 A, procedió a hacer tal corrección

Sin embargo, y a pesar de las muchas solicitudes que se hicieron para el pago de este rubro, la interventoría las negó, como consta en comunicación del 10 de agosto de 2011 en la cual afirmó que no habría reconocimiento por el sondeo y el hilado debido a que las pruebas de calidad eran a cargo del contratista.

En comunicación de 17 mayo de 2012 la contratista nuevamente hace la reclamación al IDU por pago de un listado de ítems NO previstos, y en Oficio IML -1-172-1725-12 del 14 de junio de 2012 dirigido al IDU la Interventoría emite concepto sobre no reconocimiento de sondeo e hilado por cuanto estos hacen parte de la prueba de la calidad que el contratista debe ejecutar para garantizar la obra ejecutada. Se deben tener como actividad implícita del AIU al cargo de administración.

El dictamen técnico, por su parte, confirma la prueba documental relacionada y dice que en los ítems del Adendo 6 que hacen parte del valor global NO se relaciona ninguna actividad de sondeo e hilado pero que en Anexo 2A Adendo 3 se discriminan ítems para redes de SONDEO e HILADO para pago a precio unitario como aparece en el ítem 7.2.37

Respecto de lo acordado en acta N° 1 del 11 de marzo de 2009 el experto técnico indica que el IDU reconoce el pago por el sondeo e hilado de redes durante la etapa de pre construcción y las que se realizarían antes de la entrega a las ESP para redes nuevas o renovadas.

En el aparte "Sondeos e inspección de redes" se indicó lo siguiente:

"Una vez revisados los presupuestos del Valor Global de Obras de Construcción y de la Etapa de Pre construcción incluidos en el Adendo 6, se encontró que estas actividades no fueron presupuestadas.

"La filosofía del Contrato es que en la etapa previa a la

construcción de las obras se verifique el estado de la infraestructura de redes de servicio público para que las ESP's puedan definir el alcance de sus diseños, por lo tanto estas actividades deben ser asumidas por las respectivas ESP's

“Así mismo la filosofía es que al final de las obras se verifique la infraestructura de redes de servicio público para entregarle completamente funcional a las ESP's lo cual es asumido por el IDU.

“Por lo anterior, se acuerda con el IDU que se pactarán los respectivos precios unitarios no previstos para estas actividades, los cuales serán a cargo del rubro de redes de servicio y su costo será cargado a las ESP's en los correspondientes cruces de cuenta”

El Tribunal acoge la experticia allegada al proceso pues la transcripción anterior, junto con los documentos analizados previamente, demuestran la voluntad de la Entidad de reconocer la actividad de sondeo e hilado como parte del rubro de redes de servicios pagadera por el sistema de precios unitarios, costo que finalmente sería cargado a las empresas ESP a través del cruce de cuentas.

La prueba testimonial deja ver al Tribunal la misma posición del estudio pericial. En efecto, tanto la ingeniera Claudia Tatiana Ramos como Edgar Herrera en relación con este tema afirmaron que era una actividad necesaria para las redes y que estaba prevista en el Anexo 2 A precio unitario. Dicen que inicialmente Confase presentó los Análisis de Precios Unitarios para obras no previstas incluyendo sondeo e hilado, empero, la Interventoría los devolvió para que se excluyera este ítem específico debido a que, consideró en ese momento, que esta actividad se pagaría por el Anexo 2 A. No obstante, dos años después de ejecutado el ítem, un nuevo Director de Obra de la Entidad dijo que no la pagaría porque era una actividad que hacía parte del estimado del valor global, en el elemento administración que conforma el AIU.

La misma afirmación hizo la testigo funcionaria del IDU Valentina Botero cuando dice que el sondeo inicialmente no fue pactado, pero, que luego en el Anexo 2 A se describió como precio unitario

Desde el inicio del proceso de reclamación advierte el Tribunal que el IDU

ha demostrado falta de claridad de la forma como deben pagarse estas obras pues se observa que al comienzo decidió ordenar una revisión al APU presentado por el contratista y añadió una nota de exclusión de las obras de sondeo e hilado, con fundamento en que estas hacían parte de los ítems del Anexo 2 A. Posteriormente, la Interventoría no reconoció el pago a precios unitarios porque dada la finalidad de las obras, esto es, acreditar la calidad de las redes, el sondeo e hilado hacían parte del precio global dentro del concepto del AIU.

No hay duda para ambas partes contratantes que las actividades de sondeo e hilado se realizaron. La diferencia radica entonces en cuál debería ser la forma de pago.

La prueba analizada demuestra que esos conceptos no hacían parte del precio global porque era imposible cuantificarlos desde la etapa licitatoria, y que tampoco hacen parte del Adendo 6, que relaciona la construcción de obras y el precio de cada una de ellas, pero, a contrario sensu en el Anexo 2 A si aparece un registro de que las obras por sondeos e hilados que se pagarán a precios unitarios.

Este engranaje probatorio lleva al Tribunal a apartarse del concepto emitido por el Agente del Ministerio Público pues considera que el pago de estas obras de sondeo e hilado, aunque se trata de actividades necesarias para controlar el funcionamiento de las redes de servicios públicos, por el hecho de ejecutarse en la parte externa de las edificaciones, se pactó a precio unitario, y su costo debía ser asumido por el IDU para luego ser cargado a las ESP con cruce de cuentas.

Esta deducción se llega también cuando se observa que la Entidad de manera expresa determinó una forma de pago de esas obras y que las identificó y valoró en el Apéndice 2 A ítem 7.2.37

Así las cosas, en concepto del Tribunal, la negativa del interventor de aprobar el pago de las obras en los términos en que fueron acordadas, no exime al contratante de su obligación de reconocer y pagar al contratista las sumas reclamadas.

4.2. Las pretensiones relativas al pago de las obras del colector Expreso Norte

2.1 Que se declare que el IDU incumplió el Contrato IDU – 136 de 2007, al no reconocer ni pagar a CONFASE los costos adicionales en que la misma incurrió por las siguientes actividades y obras ejecutadas en el Colector Expreso Norte: i) la implementación de un sistema de bombeo en la Calle 26 durante 24 horas en el periodo comprendido entre febrero de 2010 y julio de 2011, ii) la demolición y el relleno del colector existente de 1,3 metros y de las cajas o pozos de inspección que quedaron por fuera de servicio, existentes en el costado sur del colector nuevo y correspondientes al Tramo 5 de la Calle 26, iii) la instalación de pilotes de madera para cimentar y densificar el suelo donde se construyó el mencionado colector y iv) las actividades de reparación del Colector Expreso Norte, correspondientes al tramo 5 de la Calle 26.

4.2.1. Los hechos en que se fundamentan estas pretensiones y las defensas planteadas respecto de ellas

Solicita la convocante en la pretensión 2ª de su demanda que se declare que el IDU incumplió el contrato 136 de 2007, al no reconocerle ni pagarle los costos adicionales en que incurrió por las siguientes actividades y obras ejecutadas en el citado colector: a) la implementación de un sistema de bombeo en la calle 26 durante el periodo comprendido entre febrero de 2010 y julio de 2011; b) la demolición y el relleno del colector existente de 1.3 metros y de las cajas o pozos de inspección que quedaron fuera de servicio, existentes en el costado sur del colector nuevo y correspondientes al tramo V de la calle 26; c) la instalación de pilotes de madera para cimentar y densificar el suelo donde se construyó el mencionado colector; y d) las actividades de reparación del Colector Expreso Norte, correspondiente al indicado tramo de la calle 26.

Como hechos se narran, síntesis, en relación con el referido tema, los siguientes:

Que el Consorcio IML le informó al IDU las medidas necesarias para la solución final de la construcción del colector pluvial de 1 metro de diámetro, en el límite del proyecto del grupo IV; que igualmente le insistió

para que el contratista de dicho grupo agilizara la construcción del tramo del colector que le correspondía, con el fin de darle salida a las aguas provenientes del primer sector. En la misma comunicación, la Interventoría le informó al IDU la necesidad de construir unas obras provisionales para la evacuación de las aguas; las que debían ser reconocidas una vez el contratista presentara los respectivos costos (Comunicación IML-1-172-0341-10 del 19 de febrero de 2010).

a. Que el 26 de febrero de ese año CONFASE le informó a la Interventoría que como no contaba con la continuidad del alcantarillado de 1 metro que permitiera la evacuación de las aguas, se confirmaba la implementación de un sistema de bombeo de 24 horas diarias desde el 15 de febrero de ese año 2010 a julio de 2011; también con la citada comunicación se adjuntaron los precios unitarios no previstos correspondientes a dicho sistema.

b. Que a la fecha de finalización de la construcción de la calle 26 (10 de julio de 2013) no habían sido aprobados por el IDU o la Interventoría los precios para la ejecución de dicha obra.

c. Que a pesar de que CONFASE instaló el sistema de bombeo durante la construcción del colector de 1 metro, que garantizaba el desagüe de la tubería, se insistió en la aprobación de dichos precios; y se presentaron, además, filtraciones permanentes, dado que el colector antiguo mostraba fallas estructurales, lo que produjo asentamientos en la tubería instalada por CONFASE entre las cámaras 24 y 25, agravado todo por una fuerte temporada invernal.

d. Que pese a todo, CONFASE hizo lo necesario para construir las obras y para implementar el sistema de bombeo, pero la falta de desagüe en el sector no sólo agravó las cosas, sino que durante el proceso de construcción se debieron tomar medidas para garantizar la estabilidad de las obras (pilotes de madera y entibado con láminas de doble deslizamiento), para minimizar los inconvenientes que se presentaron durante la ejecución.

- e.** Que en su comunicación CBF-1-0452-10 de 23 de abril de 2010, CONFASE le anunció a la Interventoría el listado de los problemas presentados durante la construcción del colector; o sea, el mal estado del colector viejo de 1.30, la falta de evacuación de las aguas del colector del tramo V y el fuerte invierno en la zona.
- f.** Que la demandante en su comunicación CBF-1-0595-10 de 27 de abril de 2010 le solicitó a la Interventoría la reprogramación de las metas físicas M3, M4, y TM1 de la calle 26 entre las carreras 15 y 19, costado norte, teniendo en cuenta la problemática presentada durante la construcción del Colector.
- g.** Que la Interventoría, mediante la comunicación IML -1-172-0915 del 7 de mayo de 2010, reconoció ante el IDU que los argumentos de CONFASE eran válidos y que los atrasos no le eran imputables; solicitó, además, una nueva fecha para el cumplimiento de la meta física para el 8 de julio de 2010.
- h.** Que el 3 de mayo de 2010, mediante comunicación CBF-1-0642- 10, CONFASE le reclamó a la Interventoría la aprobación de los precios unitarios de bombeo continuo, dado que se tenía prevista la construcción del colector del costado sur y el contratista del tramo IV de la calle 26 no lo había terminado aún y se podía generar los mismos problemas presentados en el Colector norte.
- i.** Que el 29 de junio de ese mismo año (oficio STES N° 201034-60332601) el IDU autorizó la prórroga para el recibo de la meta física, con apoyo en lo establecido en el Apéndice G del contrato de obra y reiteró que los hechos que produjeron el atraso no le eran imputables a CONFASE.
- j.** Que el 27 de julio del mismo año, mediante comunicación N° CBF-1-1081-10, CONFASE le reiteró al IDU la necesidad de prolongar el Colector pluvial de un metro, a fin de darle continuidad al alcantarillado; colector que estaba diseñado para trabajar por gravedad y no a presión; ante lo cual el bombeo no podía alcanzar a desaguar la gran cantidad de agua que entraba al mismo, generando daños y filtraciones por las juntas de los

tubos; indicando igualmente que se estaban presentando problemas de asentamiento en la estructura del pavimento, lo que exigía la definición pronta del desagüe del Colector.

k. Que en vista de que el colector de 1.3 metros presentaba problemas por el estado de deterioro, lo cual generaba serias filtraciones que afectaban la construcción de las obras, CONFASE solicitó a la Interventoría (comunicación CBF 1-452-10 del 23 de abril de 2010) la autorización para no demolerlo ni removerlo, ya que podía desestabilizar aún más el terreno y propuso rellenarlo con una mezcla de rajón y mortero y así evitar futuros asentamientos.

l. Que teniendo en cuenta que la demolición de los colectores se cancelaba por precios unitarios, tal como estaba previsto en el apéndice C del contrato 136, se le pidió a la Interventoría que se pagaran esos trabajos por el sistema de precios unitarios no previstos por el relleno del colector y las cajas de inspección que se encontraban fuera de servicio en el costado sur, correspondientes al tramo V de la calle 26.

m. Que la Interventoría se ha negado a reconocer el valor de tales obras, argumentando que según el apéndice G los mayores riesgos los asumiría la contratista (cláusula 8 numeral 1).

n. Asimismo, al interior del IDU no se encontró comunicación que indicara que se había dispuesto el pago de la demolición de los colectores existentes; que la convocante no recibió el pago de dicha actividad ni el balance detallado de cada una de las actividades.

El IDU, en su escrito de contestación de la demanda, el 24 de julio de 2015, correspondiente a la pretensión relacionada con el Colector, aceptó como ciertos y sin objeción alguna los hechos 4.1, 4.7, 4.8 y 4.9; aceptó parcialmente como ciertos los hechos 4.2, 4.3, 4.4, 4.5 y 4.10; negó los hechos 4.6, 4.12 y 4.13; y no aceptó que constituyeran hechos los números 4.14 y 4.15.

En éste orden de ideas sostiene la entidad contratante, en síntesis:

- a. Que CONFASE debía ejecutar las obras según lo establecido en el contrato, sin desconocer la estructuración de los riesgos señalados en la cláusula 8ª.
- b. Que los procesos constructivos, implementados para la ejecución de las obras, estaban a cargo de la contratista. Y que en el caso de que superaran lo presupuestado, esos mayores costos serían cubiertos con el componente "imprevistos" del AIU (cláusula 42 del contrato 136)
- c. Que según el apéndice G, los mayores riesgos los asumiría el contratista (cláusula 8 numeral 8.1)
- d. Que al interior de la entidad pública convocada no se encontraron comunicaciones que indicaran que ésta había dispuesto el pago de las demoliciones de los colectores existentes; que no estableció el pago de dicha actividad, ni recibió el balance detallado de cada una de las actividades realmente ejecutadas.

Tal y como se señaló, el Tribunal considera que respecto de esta pretensión, en la contestación a la demanda reformada, la convocada omitió dar íntegro cumplimiento al artículo 96.2 del Código General de Proceso, que exige una manifestación concreta respecto de cada uno de los hechos y las pretensiones y por tal razón, aplicará la consecuencia que prevé la citada disposición, de presumir probado el hecho, siempre que en el expediente no hubiere prueba en contrario.

TRANSMILENIO en la contestación de su demanda de 27 de julio de 2015, se limita a afirmar que se atiene a lo que resulte probado; y niega que los numerales 4.14 y 4.15 correspondan a hechos e, igualmente, que este número configura una mera pretensión.

4.2.2. Consideraciones del Tribunal

Observaciones generales. Ante la falta de precisión que muestra el contrato 136 en lo que toca con la singularización de determinadas obras,

entre éstas la del citado colector, con la ayuda de los documentos contractuales, los hechos de la demanda y la réplica de la convocada, las declaraciones de los testigos y el dictamen pericial anticipado elaborado con el ingeniero Malagón, se puede, en síntesis, afirmar:

Que tal y como se expuso en el numeral primero del capítulo VII del laudo, entre las partes involucradas en este litigio se celebró el contrato mencionado para la construcción de una serie de obras, entre las cuales se convino la construcción de un tramo del colector de 1 metro de diámetro en el sector V, sin mayores especificaciones y sin garantizar de antemano el drenaje de las aguas que debían descargar en la continuación del colector del tramo IV, cuya construcción estaba a cargo de otro contratista de la misma entidad.

El asunto así planteado parece simple, pero desde un principio el IDU sabía que el tramo del colector en dicho sector V carecía de vía de desfogue hacia el occidente. Aunque podría pensarse que no hubo falta de planeación en este organismo, ya que contrató los tramos IV y V del mismo colector, lo cierto es que la entidad en este campo no fue prudente al contratar en esa forma las obras, olvidando que forzosamente tenían distinto orden de prelación y que no era posible coordinar contratistas tan disimiles, como quedó demostrado con el responsable, se repite, del tramo IV.

Tan cierto es que el IDU, a través de su Interventoría, consciente del escollo que significaba la falta de una vía de evacuación, le propuso a CONFASE algunas medidas provisionales para superar los inconvenientes; entre éstas, la implementación de un sistema de bombeo y la construcción de unos pozos de achique y de otras obras complementarias para favorecer y facilitar dicha operación.

Lo precedente muestra esa falta de planeación del IDU al imponerle a CONFASE esas nuevas obras y actividades no previstas de antemano; y en especial la implementación del bombeo entre febrero del 2010 y julio del 2011.

Ahora bien, cabe precisar, para evitar cualquier equívoco, que la pretensión 2ª de la demanda no se refiere única y exclusivamente al reconocimiento y pago de la construcción de la obra pública (Colector Expreso Norte), sino a los costos adicionales en que incurrió la demandante por las actividades de reparación del colector y otras obras ejecutadas durante la construcción del mismo.

De estas pretensiones o reclamos enunciados al inicio de esta motivación, se estudiarán en primer término las de los numerales (i)²⁶ y (ii)²⁷ por constituir obras y actividades extras que, de no haber sido por los inconvenientes que se presentaron durante el inicio de la construcción del colector, la demandante no habría tenido que ejecutar. Y en segundo lugar, las de los literales (iii)²⁸ y (iv)²⁹ por considerarlas, en principio, extras en relación con el objeto convenido (clausula N°1 del contrato 136).

Como se observa a primera vista, los diferentes reclamos tienen un origen diferente: Mientras los enunciados en los numerales (i) y (ii) no forman propiamente parte de la construcción del colector, los de los numerales (iii) y (iv) no se pueden deslindar de la obra misma, por cuanto el del numeral (iii) corresponde a la preparación del terreno, como base o apoyo del colector; y el reclamo del numeral (iv) se refiere a los defectos de construcción que se presentaron durante la ejecución y terminación de la obra aquí estudiada.

En este orden de ideas, la motivación analizará los distintos temas, no sin antes precisar algunos aspectos que ayudan a entender la decisión que se tomará en este laudo:

Se deduce de las pruebas recaudadas que la construcción del colector le impuso a CONFASE, no sólo la preparación del terreno que le serviría de apoyo (obligación a su cargo) y la ejecución de otras obras y el

²⁶ Que se refiere a la implementación de un sistema de bombeo en la Calle 26 durante 24 horas en el periodo comprendido entre febrero de 2010 y julio de 2011.

²⁷ Que hace alusión a la demolición y el relleno del colector existente de 1,3 metros y de las cajas o pozos de inspección que quedaron por fuera de servicio, existentes en el costado sur del colector nuevo y correspondientes al Tramo 5 de la Calle 26.

²⁸ Que se refiere a la instalación de pilotes de madera para cimentar y densificar el suelo donde se construyó el mencionado colector.

²⁹ Que hace mención a las actividades de reparación del Colector Expreso Norte, correspondientes al tramo 5 de la Calle 26.

cumplimiento de actividades que tuvieron como causa la imposibilidad de la evacuación oportuna de las aguas del tramo V al tramo IV, sino que esa construcción, como lo aconseja la técnica constructiva, según el concepto del perito ingeniero Malagón, para un colector que debe funcionar por gravedad y no por presión, tendrá que hacerse a partir de la parte más baja hacia la parte superior, con el fin de que a medida que se adelantan las obras se vayan canalizando las aguas que corran por el predio, para evitar así inundaciones que hagan difícil la continuación de los trabajos, máxime en una época como la de los años 2010-2011 azotada por un fuerte invierno, lo que no alcanzó a constituir un evento de fuerza mayor, circunstancia que ni siquiera fue alegada ni probada con ese carácter por la parte demandante, en relación con los elementos tipificantes de *“un imprevisto a que no se puede resistir”* (art 1 de la ley 95 de 1890), norma esta que define la fuerza mayor.

Esa falta de drenaje produjo un serio represamiento no solo de las aguas que corrían desde la parte superior del predio o por las zanjas abiertas durante la construcción de las obras, sino de las lluvias que afectaron la topografía de predio sobre el cual se construía el colector en su tramo V.

Ante esto, la Interventoría le señaló al IDU las medidas que se debían tomar como solución para salvar el escollo de la falta de ese drenaje; razón por la cual se propuso la construcción de un colector en concreto de un metro de diámetro, que empalmaría con el tramo que otro contratista debía construir en el sector siguiente; sugirió además, la necesidad de construir unas obras provisionales para la evacuación de las aguas y la implementación de un sistema de bombeo de 24 horas (ver comunicación IML-1-172-0341-10 de 19 de febrero de 2010).

Informada de estas novedades CONFASE las aceptó y el 28 de ese mismo mes solicitó el reconocimiento de esas obras extras con base en precios unitarios no previstos (ver comunicación de CONFASE de 26 de febrero de 2010)

En estas condiciones, CONFASE inició la construcción del colector, no sin antes informarle al IDU, mediante la comunicación CBF-1-0452-10 de 23 de

abril de ese mismo año, el mal estado del colector viejo y el fuerte invierno que azotaba la región.

La convocada, en vista de las dificultades constructivas que se presentaron, en su comunicación de 27 de abril le solicitó a la Interventoría la reprogramación de las metas físicas M3, M4 y TMI de la calle 26 entre las carreras 15 y 19.

La Interventoría, tal como se desprende de su comunicación IML-1- 172-0915 de 7 de mayo de ese mismo año, reconoció ante el IDU no solo la validez de los reclamos de CONFASE, sino que ésta no tenía culpa en los atrasos presentados.

El 3 de mayo (comunicación CBF-1-0642-10) CONFASE insistió en la aprobación de los precios unitarios referentes al bombeo, dado que se tenía prevista la construcción del colector del costado sur y el contratista del tramo IV no había terminado lo relacionado con el tramo que le correspondía. El 31 de mayo la Interventoría en su comunicación IML-1-172-1040-10 le dio respuesta a aquélla.

En cuanto a la implementación del sistema de bombeo, estima el Tribunal que este reclamo exige unas consideraciones previas por tratarse, como se expresó, de un aspecto que no forma parte precisamente de la construcción del colector expreso norte; y que en el caso subjudice se presenta porque tanto el contratista obligado a la construcción del tramo IV como el IDU, fueron responsables de la falta de una vía de evacuación de las aguas provenientes del tramo V.

Aquí se pregunta, en primer término, el Tribunal: ¿A quién le correspondía garantizar la oportuna evacuación de las aguas recogidas por el colector del tramo V?

Para algunos, el IDU no era responsable porque los incumplimientos del contratista del tramo IV configuraban un hecho de tercero que lo exoneraba de toda responsabilidad.

El Tribunal no comparte esta apreciación, porque todo contratista de la administración, en principio, no es un tercero, sino que es la misma entidad la que actúa por su conducto; lo que le permitió a la ley, en los casos de responsabilidad tanto de la entidad pública contratante como la de su contratista, responsabilizar a los dos; que para el caso concreto son, no sólo el IDU, sino también el contratista obligado a la construcción del tramo IV.

Dos responsables que, en virtud de la ley, son solidarios en los términos del art 2344 del Código Civil, que a la letra, dice: *“Si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa (...)”*

Esta norma, pese a que está contemplada en un código de derecho privado, tiene aplicación en la responsabilidad estatal, como lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado en forma reiterada. A este respecto el citado organismo es ilustrativo cuando en su sentencia de 11 de abril de 1994 (exp 8529, Sección tercera), señala:

“Cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública es como si la ejecutara directamente. Es ella la dueña de la obra; su pago afecta siempre el patrimonio estatal y su realización obedece siempre a razones de servicio y de interés general. El hecho de que no la ejecute con personal vinculado a su servicio obedece, la más de las veces, a insuficiencia o incapacidad técnica de su propio personal o a falta de equipo adecuado. Por tal razón la administración, sin que eso pierda la actividad el carácter de público, debe acudir a la colaboración de los particulares para el cumplimiento de ciertos cometidos de servicio. La colaboración en el caso de obra pública no vuelve privada esa actividad, como no le quita el carácter de público al trabajo así ejecutado. Esa colaboración por participación cuando es voluntaria, caso del contratante de la administración cuya actividad tienda a la prestación o ejecución de un servicio público, hace a este particular partícipe ocasional de la función pública no en calidad de agente o funcionario, sino como un órgano más de la gestión estatal.

*“En otros términos: **El contratista de una obra pública no se vuelve agente de la administración ni funcionario suyo; es ella misma la que actúa.** Hay aquí una ficción de orden legal. Ni siquiera puede hablarse de que la entidad contratante responda en forma indirecta por el hecho del contratista. No, la responsabilidad es simplemente directa, así como lo es la responsabilidad estatal por el hecho de un funcionario o empleado público. No puede olvidarse que no obstante que*

todo comportamiento o conducta estatal de un servidor público, en principio, el Estado es el responsable de las consecuencias dañosas de ese comportamiento; responsabilidad que en todos los casos es directa, no indirecta, a pesar de que el perjuicio se haya producido por la actuación de una persona vinculada a la administración, la que no es propiamente un mandatario o representante del Estado, sino órgano suyo, integrante en esta calidad de la estructura misma del ente estatal. Por tal motivo la conducta o actuación de dicha persona es la conducta o actuación del Estado mismo. De allí que sostenga la doctrina que sería un contrasentido hablar de responsabilidad indirecta, pues los servidores públicos no son terceros respecto del Estado, sino partes del mismo, ejecutores de la actividad estatal, la que no se concibe sino a través de las acciones u omisiones de las personas a su servicio". (Consejo de Estado, Sección III sent de 13 de septiembre de 1991. Exp 5944 CBJ, lo destacado fuera de texto)

Para estos efectos, el contratista de la entidad pública, como copartícipe que es de la actividad administrativa, no es un tercero en sentido jurídico, ya que el contratista del tramo IV, que debía construirlo para el IDU, comprometió con su incumplimiento no sólo su propia responsabilidad, sino la de éste organismo. Se aplica aquí el mismo criterio que se sigue al analizar la responsabilidad del Estado por el hecho de un funcionario suyo.

Asimismo, cabe recordar aquí que cuando se habla de los motivos de exoneración de responsabilidad o de atenuación de la misma, se presentan dos situaciones: la culpa de la víctima y el hecho de un tercero; figuras que han sido también definidas desde hace varios lustros por la jurisprudencia del Consejo de Estado en este sentido:

a) Si la culpa de la víctima concurre con la falla o culpa de la entidad contratante, se atenúa la responsabilidad de ésta en la proporción que defina el juez. Pero si esa culpa de la víctima es exclusiva y determinante, se impone la exoneración total de la responsabilidad de la entidad pública.; b) En cambio, cuando concurren, como en el caso concreto, la falla o culpa de dicha entidad con el hecho de su contratista, no se produce ni la exoneración ni la atenuación de la responsabilidad, sino que surgen dos sujetos solidariamente responsables: la entidad y el contratista; lo que le permite al damnificado en tal eventualidad demandar a la una o al otro por el todo (art 2344 del Código Civil).

A ese respecto, el Consejo de Estado ha dicho:

“Concurrencia de culpas y competencias

“En este punto existe marcada confusión en el a-quo porque tomó como compensación lo que era pura y simplemente una concurrencia de culpas. Se reafirma esta confusión porque los dos fenómenos corresponden a dos figuras jurídicas diferentes. Cuando el hecho perjudicial ha sido causado por dos o más personas (los sujetos son su causa eficiente) no se produce una división de la responsabilidad, como sí cada una llevara apenas una parte de la culpa, sino que por mandato legal surge una obligación solidaria de responder; es decir, que el acreedor o damnificado podrá dirigirse contra todos los deudores solidarios conjuntamente, o contra cualquiera de ellos a su arbitrio, sin que a éstos, como lo dice el art 1571 de C.C., pueda oponérsele el beneficio de división.

“Esa solidaridad la crea en forma inequívoca el art 2344 de mismo código; y este principio se ha adaptado por la jurisprudencia administrativa a la responsabilidad estatal, pese a que el fenómeno de la culpa no pueda manejarse con los criterios privatistas y pese a que los entes estatales no pueden cometer delitos”. (Subrayas fuera de texto)

“En tal sentido, cuando se da concurrencia de culpas no se puede dividir la obligación indemnizatoria y menos por la vía de la compensación, como se hizo en el caso en concreto al condenar solo en un 50%. **En otras palabras, cuando concurre el hecho de tercero con la falla de la administración se da la concurrencia de sujetos responsables** y por eso se habla de solidaridad entre éstos. Pero cuando el hecho de tercero es exclusivo y determinante será causal de exculpación, porque por sí solo fue el productor del daño.

“En cambio, en la compensación no interviene el hecho del tercero, sino la culpa de la propia víctima en concurrencia con la de otro sujeto responsable para causar el daño. Aquí puede hablarse de esa compensación cuando tanto la conducta de la una como de la otra fueron la causa del perjuicio. Porque la culpa de la víctima tiene nota de exclusividad y puede estimarse como único motivo por ese daño, esa culpa será causa de exculpación del sujeto sindicado de la misma y no de compensación. (Consejo de Estado, sección III, sent de junio 8 de 1984, Exp 3115, CBJ)

Lo precedente permite reafirmar que el IDU resultó responsable por la culpa de su contratista del sector IV. Pero, aquí se pregunta el Tribunal: ¿Se constituyó la culpa del IDU en el obstáculo que le dificultó, no que le impidió, a CONFASE cumplir con la obligación de construir el colector de acuerdo con las especificaciones convenidas?

Considera el Tribunal que la respuesta es afirmativa, como pasa a explicarse:

Se insiste en esa doble responsabilidad porque el IDU no solo es el dueño de la obra, sino que en tal carácter contrató la construcción del tramo IV; de allí que su incumplimiento impidió no sólo la evacuación oportuna de las aguas que fluían del tramo V, sino que afectó la labor constructiva del colector, como lo aconseja la técnica en concepto del Ingeniero Malangón, quien al contestar la pregunta # 4 del dictamen, formulada por CONFASE, manifiesta:

“El colector de Alcantarillado Pluvial construido en el costado norte del tramo V de la calle 26 trabaja por gravedad, es decir, drena el agua gracias a la pendiente. Asimismo el agua acumulada en las zanjas durante la construcción fluyó por gravedad hasta su punto de continuación del Colector en el tramo IV de la misma troncal, que corresponde al punto más bajo del Colector en el tramo V.

“Por las dos anteriores razones este alcantarillado se construyó a partir de su punto más bajo, es decir, a partir del sitio previsto para conectarlo con su continuación en el tramo IV (carrera 19 con calle 26), y su construcción avanzó aguas arriba, es decir, hacia la carrera 13.

“Pero, como en el punto más bajo del colector (a la altura de la carrera 19 que determina el límite entre los tramos V y IV de la troncal calle 26) no contaba con salida, se hizo indispensable bombear el agua concentrada en ese punto, cuyo caudal creció a medida que avanzó la construcción del colector aguas arriba y debió al aumento de las lluvias precipitadas en la zona de los trabajos”.

Así, esa falta de salida hacia el tramo IV influyó seriamente en la labor constructiva de CONFASE, porque el empozamiento excesivo afectó la estabilidad del terreno e impidió la evacuación oportuna de las aguas, agravada por la temporada invernal. Este obstáculo, cambió el manejo de la construcción del colector y lo convirtió en una obra compleja, ya que no sólo se debía construir en una zona anegada, sino que se debían ejecutar unas obras provisionales y cumplir otras actividades en ese mismo sector para minimizar los efectos del obstáculo indicado.

Hecho el análisis de los aspectos temáticos de la controversia en torno a los

reclamos incluidos en la pretensión 2º, se observa:

Primer reclamo.

Como se infiere de lo expuesto, le asiste la razón a la demandante, ya que el IDU, dado su incumplimiento, deberá indemnizarla por los gastos que tuvo que hacer para la implementación del sistema de bombeo en la calle 26, durante el período comprendido entre febrero de 2010 y junio del 2011; obra que se hizo necesaria no solo por el incumplimiento del IDU, sino para facilitar la construcción del Colector durante la temporada invernal.

El periodo que se toma para la evaluación de la condena, aparece aproximado en la contestación de la demanda y fijo, en el dictamen anticipado (ver respuesta a la pregunta 14). El Tribunal lo acepta como razonable porque la convocada, que debía tener en sus archivos todos los elementos de juicio para concretar tanto la fecha inicial como la finalización de ese bombeo, no hizo ningún esfuerzo para precisarlas; aún más, el mismo IDU al contestar la demanda, concretamente los hechos 4.2, 4.3, 4.4, 4.5, y 4.10, se limitó a afirmar que era parcialmente cierto lo que allí decían, sin explicar las razones de su disenso; incumpliendo así el mandato contenido en el art 96 numeral 2 del CGP que le imponía, como demandado, una carga procesal activa; o sea, que debía explicar cuáles eran las razones de su disenso a ese respecto, actitud que configura un indicio en su contra (art 246 de mismo código); y aun la presunción legal de que se presume cierto el respectivo hecho, como lo señala aquél.

Se observa que TRANSMILENIO tampoco colaboró con su defensa y se limitó a afirmar que se atenía a lo que resultara probado, desconociendo así también el mandato del artículo mencionado en primer término.

Los valores de la indemnización, por el concepto aquí analizado, se desprenden del dictamen pericial, el cual aparece respaldado por los soportes que le dio el cálculo efectuado por la Empresa JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA. Los valores allí señalados, actualizados a julio de 2015, se proyectarán con base en el IPC hasta la ejecutoria del laudo.

En suma, las obras correspondientes a este reclamo (la implementación del bombeo) entre K12+000 y K12+175 fueron ejecutadas por la firma ODINSA SA a través de un sub contrato celebrado con CONFASE y con la autorización del IDU (ver comunicación ODINSA 2011-CBF-758-03 de octubre de 2011).

Obras y valores que se desprenden del cuadro que obra a folio 59 del dictamen pericial y que asciende, en valores actualizados a junio de 2015, a pesos \$91.638.128,07. En dicho cuadro tal como se expone a continuación se discrimina el origen del precio, las facturas que lo respaldan y sus fechas. Como es obvio, el valor indicado deberá actualizarse a la fecha ejecutoria de este laudo.

En ese sentido, por no tratarse esa actividad de una labor implícita dentro de las obras a ejecutar por parte del contratista, es claro que la excepción planteada, en relación con este primer reclamo, no puede prosperar.

Segundo reclamo.

En cuanto a la demolición y el relleno del colector de 1.3 metros de diámetro y de las cajas y pozos de inspección que quedaron fuera de servicio, se considera:

Para entender este reclamo habrá que tener en cuenta que la implementación del sistema de bombeo, por falta de una vía de evacuación de las aguas hacia el tramo del colector que inicialmente estaba a cargo de otro contratista del IDU, impuso, entre otras cosas, que ese bombeo provisionalmente debía conducir las aguas hacia el colector antiguo, construido en mampostería y de un diámetro de 1.3 metros.

Pues bien, esta solución no fue la más adecuada porque el mencionado colector presentaba fallas serias en su estructura y mostraba graves filtraciones; lo que vino a empeorar el estado del terreno, ya de por sí anegado por las fuertes lluvias. Fue tan poco favorable esa solución que CONFASE, cuando recibió la orden de demolición y relleno de esa obra, la cuestionó por cuanto consideró que eso afectaría más la estabilidad del

suelo.

No obstante, la convocante ejecutó las obras de demolición y relleno del colector; y hasta la fecha los valores invertidos no han sido cubiertos por el IDU, por lo cual el Tribunal habrá de acceder a la pretensión y declararse no probada la excepción correlativa.

En este punto también las obras correspondientes a este reclamo fueron ejecutadas, como se expresó, por la mencionada firma ODINSA SA. En ese trabajo aparecen bien discriminadas las actividades cumplidas para la demolición y el lleno del colector de 1.30 de diámetro- costado sur y su valor total. Como en el caso anterior el valor inicial de las obras a junio de 2015 asciende a la suma indicada atrás; la que deberá actualizarse hasta la ejecutoria de este laudo.

Tercer reclamo.

Pretende también la demandante que se le indemnicen *“los costos adicionales en que incurrió para la instalación de los pilotes de madera para cimentar y densificar el suelo que le servirá de base al colector”*.

Para el Tribunal esta pretensión no tiene vocación de prosperidad, porque la preparación del terreno que le serviría de base o apoyo al colector, hace parte de la labor constructiva que se le encomendó y de los riesgos que debía asumir como contratista, en los términos de la cláusula 8° del contrato 136.

Es obvio que cuando se trata de la construcción de una obra pública, es normal que el terreno que la debe soportar reciba un mayor y cuidadoso tratamiento del contratista, para garantizar así la estabilidad de la obra; lo cual es, igualmente, una obligación de resultado, máxime cuando la base de apoyo de la obra y la obra misma forman un todo inescindible.

Coincide en esta apreciación el Ministerio Público para quien *“la instalación de pilotes de madera para cimentar y densificar el suelo donde se construyó el colector, se considera una actividad que hace parte*

integral del universo de la construcción de la obra civil que, para el caso en estudio, está dentro del precio global contratado.”, por lo cual, en lo tocante a este reclamo, la excepción formulada por el IDU sí se encuentra debidamente demostrada.

Cuarto reclamo.

En cuanto a este reclamo, o sea los costos adicionales en que incurrió la convocante **“por las actividades de reparación del colector expreso norte”**, correspondientes al indicado tramo de la calle 26, será preciso confrontar lo que se pide en la demanda, con lo que señala el dictamen, ya que, entre aquélla y el concepto pericial, se observa una marcada diferencia. Mientras que en la demanda se habla concretamente de **“las actividades de reparación del colector expreso norte”**, el dictamen pericial se refiere no sólo al costo de los daños sufridos por éste, sino al costo de **“las demás obras consecuente, falladas y reparadas”, tales como la nivelación y estabilización del pavimento y del colector pluvial de 40” del costado norte entre K12+000 y K12+175.**

Estas dos posiciones encontradas ameritan una interpretación adecuada y precisa para definir el alcance de la pretensión formulada por la demandante, porque podría otorgarse, con una interpretación laxa o extensiva, más de lo pedido o extrapetita; con lo que fácilmente se incurriría en la causal de nulidad del laudo contemplada en el numeral 9 del art 41 de la ley 1563 de 2012.

Considera el Tribunal que se impone una interpretación restrictiva y cuidadosa, ya que una cosa es el reclamo por la reparación del colector construido por la misma demandante; y otra, la reparación de los daños que ese trabajo público produjo en el sector aledaño, como se acaba de explicar.

Además, estima este organismo que este reclamo no permite una decisión favorable para la demandante, cuando le hace decir a su pretensión no solo algo diferente, dándole un mayor alcance a lo que permiten los términos utilizados, sino cuando la pretensión por su naturaleza es

renunciable, por mirar solo a los intereses privados de la renunciante (art 15 del Código Civil).

Por estas razones, lo destacado *“los costos adicionales en que incurrió la demandante por las actividades de reparación del colector, no permiten una salida diferente”*.

El dictamen pericial no aclara la situación tampoco porque, a instancia de la convocante, el perito amplió los términos del reclamo a extremos no pedidos. Para corroborar esto se transcribe la pregunta 15 formulada al experto por el apoderado de la demandante, en los siguientes términos.

“15. Con base en los documentos puestos a su disposición sírvase determinar:

*“El alcance y el valor de las obras ejecutadas por el contratista **para reparar los daños ocurridos en el sector final del colector de alcantarillado pluvial** construido en el costado norte de la calle 26 y en otras obras construidas por el contratista en cercanía del límite del tramo 5 con el tramo 4”*.

Como se desprende de la transcripción, lo destacado corrobora el anterior aserto. Mientras en la demanda la convocante reclama expresamente los costos adicionales **“por las actividades de reparación del colector expreso norte”**, en la pregunta antecitada sutilmente se cambia el texto por **“el alcance y el valor de las obras ejecutadas por el contratista para reparar los daños ocurridos en el sector final del colector de alcantarillado pluvial y se agrega “y en otras obras construidas por el contratista en cercanía del límite del tramo 5 con el tramo 4”**; o sea, **la nivelación y estabilización del pavimento y del colector pluvial de 40”** del costado norte entre K12+000 y K12+175.

Además, el mismo perito en su dictamen no se compromete en cuanto a la prueba documental y saca deducciones simples que le restan mérito a su experticia y muestra en este punto la debilidad de su dictamen, tal como se infiere del aparte que se transcribe a continuación.

“Como señalé antes, no encontré documentos relacionados con el diseño de la reparación del Colector que muestren la

respectiva aprobación por parte de la EAAB pero, de acuerdo con las respectivas actas de entrega y recibo suscritas por dicha ESP, ésta recibió a satisfacción el Colector reparado por el Contratista de acuerdo con sus propios diseños.

“Por otra parte, teniendo en cuenta que el Contratante recibió el Colector y las demás obras reparadas (ver actas de recibo parcial de obra), deduzco que el Contratista atendió la totalidad de las observaciones presentadas por la EAAB y por el Contratante al diseño propuesto por el Contratista.

“En relación con el costo de reparación de los daños sufridos por el Colector y por las demás obras consecuente falladas y reparadas, señalo que, de acuerdo con el respectivo subcontrato estas obras fueron directamente ejecutadas por la firma Odinsa S.A. y según el comunicado ODINSA-2011-CBF-758 03 de octubre de 2011, las obras correspondientes a la densificación del terreno mediante pilotes según lo descrito en el presente dictamen, el relleno del colector con concreto fluido de baja resistencia y la nivelación y estabilización del pavimento y del colector pluvial de 40" del costado norte y el bombeo, entre la K12+175 correspondientes al tramo 5 de la calle 26 ascendió a \$ 3.337.898.039 en la siguiente tabla, incluido AIU e IVA y ajustado con el ICCP e indexado con el IPC al 30 de julio de 2015”.

Por lo expuesto no prospera este reclamo.

4.3. Las pretensiones relativas al pago de las obras no previstas no reconocidas

Las pretensiones contenidas en el numeral 3 del Capítulo I de la reforma a la demanda están encaminadas a obtener la declaratoria de incumplimiento del IDU de su obligación de reconocer y pagar al Contratista la ejecución de unas obras a las cuales manifiesta tener derecho por cuanto no estaban incluidas en el precio global del contrato, o por cuanto en su ejecución se presentaron circunstancias ajenas a la voluntad del contratista que hicieron más gravoso el cumplimiento de la obligación o que modificaron sus características iniciales.

Con base en el análisis general que hizo el Tribunal respecto del Contrato, procede ahora a revisar una a una las pretensiones contenidas en ese capítulo y cuyo texto es el siguiente:

3.1. Que se declare que el IDU, incumplió el Contrato IDU – 136 de 2007, al no reconocer ni pagar a CONFASE, el costo de las siguientes obras ejecutadas por la misma: (i) muro 13, (ii) muro 11, (iii) muro “Torres Blancas” y (iv) muro espacio público “La Paz”.

3.2. Que se declare que el IDU incumplió el Contrato IDU – 136 de 2007, al no reconocer ni pagar a CONFASE, las obras de peatonalización del puente de la Carrera 7 y las rampas del Parque Bicentenario, las cuales, además de no estar previstas en el PMT 410, debieron ejecutarse como consecuencia de las exigencias establecidas por la Secretaria Distrital de Movilidad – SDM para la implementación del PMT No. 500.

3.3. Que se declare que el IDU incumplió el Contrato IDU – 136 de 2007, al no reconocer ni pagar a CONFASE las obras relacionadas con los nuevos acabados del Box de “Las Aguas”, las cuales debieron ejecutarse por el contratista por la decisión del IDU de modificar las especificaciones originales de los Box peatonales, la cual se originó debido a unas especificaciones particulares de construcción mal elaboradas por dicha entidad estatal.

4.3.1. Las pretensiones relativas al pago del muro 13, muro 11, muro Torres Blancas y muro espacio público La Paz

Reclama la convocante el reconocimiento y el pago de muros de contención de la troncal calle 26 que corresponde al muro conectante del ramal 11 A Sur, al muro 13, y a los muros La Paz y Torres Blancas.

Afirma, en relación con el muro conectante ramal 11 A Sur que “este muro se construyó con el fin de contener la calle del barrio que limita con el carril mixto sur de la calle 26 entre cra 4 y 5”. Respecto del muro 13, señala que se construyó en el costado sur de la calle 26 entre carreras 10 y 13. En relación con el muro la Paz manifestó que “se construyó por el contratista en el costado oriental de la avenida Circunvalar” y, finalmente, en lo que se refiere al muro de Torres Blancas asevera que “se hizo para reconstruir el nuevo cerramiento de la unidad de vivienda Torres Blancas generado por la ampliación de la calle 26.

Por su parte el IDU, en respuesta a esta reclamación sostiene que no hace reconocimiento adicional por los muros porque estos hacen parte de la actualización de diseños y allí se contemplaba la construcción de esas obras como se dispuso en el Otrosí N° 8, pero además, la mayor cantidad

de obra es uno de los riesgos asumidos por el contratista, conforme a la cláusula octava del Contrato.

Agrega que ya se pagaron las mayores cantidades de obra según se demuestra con las actas que se refieren al tema. Acredita el dicho con las copias de las actas # 71,72, 91, 132 y 150

La convocante rechaza esa afirmación dado que las actas de mayores cantidades de obra fueron elaboradas inicialmente para el exclusivo trámite de la consecución de recursos adicionales.

Para soportar la pretensión se allegaron las siguientes pruebas:

a. Otrosí N° 2 del 16 de octubre de 2008, en cuya cláusula segunda, parágrafo primero se definió por *“actualización de estudios y diseños las actividades que debería ejecutar el contratista para diseñar las faltantes de estudios y diseños o el rediseño de los mismos por justificación técnicamente demostrada de acuerdo con el numeral 4.1.4.2 del contrato (...) los aspectos técnicos serán responsabilidad del contratista, adquiriendo este toda la responsabilidad de la construcción de los mismos y garantizando la debida calidad, durabilidad, resistencia, estabilidad y funcionalidad de las obras”*

b. Comunicación CBF- 1-0303-08 del 14 de noviembre por medio de la cual el contratista advierte al IDU que la calle 26 tiene alta probabilidad de fenómenos de remoción en masa y recomienda que a través de un acuerdo se cambie el proyecto *“a fin de minimizar los riesgos realizando un diseño geométrico con estudios geológicos y geotécnicos profundos”*.

c. Oficio IDU -032563 STES 346 de mayo 7 de 2009 mediante el cual el contratista fue autorizado para realizar las actualizaciones de los diseños estructurales de la calle 26 desde la Avenida Caracas hasta la carrera 3ª, así: *“Los presupuestos finales ajustados a los costos de la actualización de diseños definidos entre las partes, le informo que los mismos se aprobaron mediante memorando interno del 4 de mayo de 2009 por parte de la*

Dirección Técnica Estratégica. Para los productos que se relacionan a continuación con los siguientes costos:

“Actualización del diseño estructural para el sistema de contención vial de la calle 26 desde la Avenida Caracas a la carrera 3 \$206 795.033 (...)

“Actualización de estudios y diseños geométricos la calle 26 desde Avenida Caracas hasta la carrera 3. \$62.819.950.

“Actualización de estudios y diseños geotécnicos de la calle 26 desde la Avenida Caracas hasta la carrera 3 \$33.178.725”

d. Comunicación de junio de 2012 por la cual la Interventoría informa al IDU, con ocasión de la solicitud para una adición presupuestal para la construcción de los muros 11 y 13, que en su concepto, no procede reconocimiento adicional por cuanto *“esas obras surgieron como producto de los ajustes propios de la obra que ha venido adelantando el contratista a los diseños actualizados y elaborados por ellos mismos.”*

e. La prueba técnica, según la cual estos muros no estaban incluidos entre las obras a cargo del contratista como tampoco hacían parte de los otrosíes N° 7 y 8 porque estas obras surgieron con posterioridad a la firma de tales acuerdos.

Que el contratista fue autorizado para realizar las actualizaciones de los diseños estructurales de la calle 26 desde la Avenida Caracas hasta la carrera 3ª mediante oficio IDU -032563 STES 346 de mayo 7 de 2009.

Para el experto resultan relevantes los siguientes documentos contractuales:

- Otrosí N° 7 Considerando 7.i prevé que *“con el fin de minimizar los riesgos inherentes a la construcción de las obras dentro de las cuales se destaca la desestabilización de los taludes debido a los altos riesgos geológicos que presenta dicho sector que fue calificado por el DPAE como amenaza por remoción de masa (o más bien remoción en masa, es decir, deslizamiento prácticamente incontenible, de una gran masa de suelo)”*.

La cláusula séptima del mencionado otrosí cuyo texto es el siguiente:
“CLAUSULA SÉPTIMA de conformidad con lo acordado en la cláusula segunda de la prórroga segunda del 15 de septiembre de 2010 las partes deberán proceder a realizar la revisión del balance del contrato con el propósito de definir el valor de la totalidad de las obras complementarias relacionadas en cada una de las actualizaciones referidas en el oficio IDU -032563 STES 346 de mayo 7 de 2009 así como la mayor cantidad de obras requeridas que se pagan con el sistema de precios unitarios”.

- El Otrosí N° 8 del 21 de septiembre de 2011 cuya intención fue *“aclarar la cláusula 1ª del Otrosí N° 7 y Adicional N° 5”.*
- Considerando 9 prevé *“(…) La solicitud de elaborar el Otrosí N°. 8 para lo cual se adjuntan (…) se observó que la intención de dicha solicitud es aclarar la cláusula primera del otrosí N, 7 y adición 5 en virtud de lo establecido en la cláusula séptima del mismo documento”.*

“a.- Es necesario precisar que las obras complementarias contenidas en la cláusula primera comprenden (…) La totalidad del sistema de contención vial de la calle 26 desde la avenida Caracas a la carrera 3 (…)”.

En la parte de resultandos se dispuso en la CLAUSULA PRIMERA. Confirmación de la suma adicional al contrato en una cantidad de \$20.870 millones determinada en el OTROSÍ # 7.

“Lo anterior teniendo en cuenta el resultado parcial del balance producto de las anteriores obras objeto de actualización de conformidad con lo establecido en la cláusula séptima del OTROSÍ N° 7 y adición N° 5, obras complementarias.”

“PARÁGRAFO SEGUNDO en vista que la suma global de las ocho obras relacionadas en la cláusula primera del presente contrato, no incluye, según el contratista el denominado “factor riesgo” se deja la salvedad de que acudirá al mecanismo de la cláusula 21,3 del contrato con el propósito de reclamar en tal instancia dicho factor desglosado por el contratista a solicitud de la entidad (…)”.

f. Comunicación de 18 de julio 2011 por la cual el IDU informó al contratista que no procedía el reconocimiento del factor riesgo por cuanto los diseños y las actualizaciones fueron ejecutados por la contratista.

g. Comunicaciones N°. CBF-I-1238-11 del 1 de septiembre de 2011, CBF-I-1364-11 del 22 de septiembre de 2011 y la CBF-I-1395-11 del 28 de septiembre de 2011 por las cuales la contratista remitió las actualizaciones de los diseños a la Interventoría, los cuales fueron avalados con las comunicaciones de finales del mes de septiembre de 2011.

h. Comunicado de CBF-I-0619-12-A del 11 de mayo de 2012, radicado IDU No. 2012526023912, en el cual la contratista solicitó al IDU adicionar los recursos necesarios para los muros 13 y 11ª. Igualmente el 4 de junio de 2012 solicitó los recursos para la cancelación de los muros de Torres Blancas, La Paz y muros de cierre.

i. Oficio IML-1-172-1667-12 del 8 de junio 2012 en el cual la interventoría responde a una petición formulada por el IDU de emitir concepto con ocasión de una adición presupuestal para la construcción de los muros 11 y 13 y al respecto conceptúa que no pueden hacer un reconocimiento adicional por estos muros toda vez que hacen parte de los riesgos asumidos por el contratista. Además porque el contratista desde el año 2008 mediante comunicación CBF 0303 informó al IDU que el corredor de la calle 26 tenía amenaza media de fenómeno de movimiento de masa geológica y recomendaron cambio del proyecto para minimizar riesgos sobre la zona inestable.

j. Testimonio de la ingeniera Tatiana Ramos quien manifestó que el IDU no cumplió con su compromiso contractual de entregar planos y diseños pues, algunas veces los entregó incompletos y en otras no los entregó. Por ello debió hacerse una actualización de los diseños de la calle 26 sobre todo en la parte de contención, en este caso, *“tocó hacer el diseño de todos los muros que usted ve en la calle 26”* Se diseñaron muros pantalla *“eso es un sistema de muros que se hace con pilotes en donde no se tiene que hacer grandes excavaciones sino que se excava el pilote y se va subiendo el pilote y así mismo se va subiendo la pantallita, porqué, porque*

los muros que entregó el IDU estaban diseñados fue prácticamente unos muros a mano alzada, es un muro donde la pata del muro entraba tanto en las calles aledañas a la 26 (...) El gran cambio que hicimos fue de unos muros de pata, por así decirlo, a unos muros de pilote y pantallas (...)."

k. La declaración del ingeniero Edgar Herrera en la cual se afirmó que los diseños que entregó el IDU eran incompletos y *"no se había considerado el tema técnico de geotecnia en la parte alta de la calle 26 hacia la Circunvalar, carrera 3ª con calle 26 donde se identifica un coluvión que si se intervenía como decía los diseños entregados por IDU había riesgo geológico (...) en otros casos el IDU no entregó diseños (...) coluvión es masa de suelo que permanece en movimiento constante(...) por eso fue necesario hacer actualización de diseños"*.

El Tribunal considera que esta pretensión no tiene procedencia y por el contrario encuentra pleno soporte jurídico a la negativa de la entidad en no reconocer las obras de los muros que reclama la convocante.

En efecto, como ya quedó expuesto, en comunicación CBF- 1-0303-08 del 14 de noviembre la contratista advierte al IDU que la calle 26 tiene alta probabilidad de fenómenos de remoción en masa y recomienda que a través de un acuerdo se cambie el proyecto *"a fin de minimizar los riesgos realizando un diseño geométrico con estudios geológicos y geotécnicos profundos"*.

De otro lado, en el Otrosí N ° 2 por el cual se definió el concepto de actualización de estudios y diseños como aquellas actividades que debe realizar el contratista tales como diseñar o rediseñar faltantes de estudios o hacerlos nuevos con justificación técnica demostrada se acordó que *"(...) los aspectos técnicos serán responsabilidad del contratista, adquiriendo este toda la responsabilidad de la construcción de los mismos y garantizando la debida calidad, durabilidad, resistencia, estabilidad y funcionalidad de las obras"*.

Agrega en la cláusula 4 una modificación el literal d) de la cláusula 5 del contrato - obligaciones del contratista - para establecer que dentro de los

3 meses siguientes a la firma del acta de inicio de la etapa de construcción, el contratista deberá realizar lo necesario para *“ajustar, adecuar, completar, adoptar y actualizar los estudios y diseños que el IDU haya entregado en etapa de pre construcción”*.

La contratista, mediante comunicado -1-0823-09, presentó *“informe diagnóstico definitivo del estado de los diseños recibidos del proyecto IDU - 136-07”* respecto de la estructura de contención de la calle 26 (carrera 19 a la carrera 3) y afirmó en su parte final que *“es necesario rediseñarlas por completo”*.

Ante las razones expuestas por la constructora para solicitar la actualización de estudios y diseños el 7 de mayo de 2009 el IDU autorizó y aprobó los presupuestos realizados por la contratista. Los productos objeto de la actualización fueron precisamente la actualización del diseño estructural para la totalidad del sistema de contención vial, estudios y diseños geométricos y geotécnicos de la calle 26 desde la Avenida Caracas a la carrera 3.

En el Otrosí N° 7 adicional 5 se modificó el valor del contrato 136 de 2007 dejando claro que la razón de la adición en el precio fue para realización de obras que minimizarían los riesgos para construcción de obras en el corredor de la calle 26, tales como, la desestabilización de los taludes debido a los altos riesgos geológicos que presentaba el sector.

Que igualmente se advirtió que las partes *“han venido desarrollando mesas de trabajo para la revisión del balance del contrato con el objeto de definir el valor de las obras complementarias requeridas, adelantadas por parte de la administración y el contratista”*.

En la cláusula 3ª referente a la forma de pago se dispuso que *“El valor de las obras complementarias de la presente adición se pagará de conformidad con la cláusula 10 del contrato principal numeral 10.2 Actas mensuales de obra”*.

Es claro entonces que desde antes de la suscripción de este otrosí las

partes ya conocían las obras necesarias para la adecuación del corredor de la calle 26 así como el valor de las obras complementarias requeridas.

Pero además, se observa en las varias comunicaciones que reposan en el proceso, la constructora entregó las actualizaciones de diseños en el mes de septiembre de 2011 es decir con posterioridad a la suscripción del Otrosí 7, aunque también, se observa que desde varios meses atrás, noviembre de 2008, se iniciaron las conversaciones sobre la actualización de los diseños y estudios entregados por el IDU conversaciones que se prolongaron durante el primer semestre del 2009 hasta que en el mes de mayo la contratante aprobó la actualización de planos y diseños y el costo de ellos.

La secuencia anterior permite al Tribunal inferir que las obras necesarias para la estructura de contención de la calle 26 fueron autorizadas y aprobadas desde mayo de 2009 y que la contratista desde entonces tenía pleno conocimiento de las condiciones físicas del terreno y de los inconvenientes que podía presentar la construcción de las obras en ese sector. Entonces, la necesidad de las obras de construcción de los muros no surgió con posterioridad a la firma de los otrosíes, sino que se hicieron necesarias desde cuando el contratista decide cambiar el proyecto de la calle 26.

Así las cosas, los muros que se reclaman en esta pretensión son precisamente los que la contratista consideró o debió considerar necesarios para rediseñar y construir en una zona caracterizada por movimientos permanentes de masa.

Alega la convocante que en la cláusula de riesgos a que se refiere el contrato solo asumió el de mayores o menores cantidades de obras, entendiéndose, respecto de obras previstas, y no, las de obras no previstas como fue la construcción de los muros objeto de la reclamación. Afirmación que NO comparte el Tribunal dado que las actualizaciones o cambio de diseños obligaban al contratista incluirlas dentro de las obras previstas o que se debieron prever y por ello se acordó entre los contratantes que se pagarían dentro del precio global mediante actas

mensuales de obra.

El concepto del Ministerio Público se aparta de esta posición por cuanto considera que la construcción de los muros del debate se ejecutó con posterioridad al Otrosí N° 7 sin hacer observación alguna a los antecedentes de la actualización de diseños y planos de que trata el Otrosí N° 2 y el oficio emitido por el IDU el 7 de mayo de 2009.

De otro lado, considera el Tribunal que la Contratista no tiene derecho a esta reclamación por expresa disposición contractual - la cláusula 8 - en la que el contratista asumió los riesgos de construcción en cuanto a precio, cantidad de obra y plazo.

Dicha cláusula dispone:

"CLAUSULA 8 LOS RIESGOS

"Considerando que el presente contrato implica para el contratista obligación de resultado (...) el contratista asume los riesgos normales que se presenten durante la ejecución y desarrollo de este, en especial, las que provienen de ser un contrato a precio global, con excepción de los aspectos taxativos en donde se ha definido que se pagarán a precios unitarios

"RIESGOS DEL CONTRATISTA

"RIESGO DE CONSTRUCCIÓN el que a su vez se divide en precio, cantidad de obra y plazo.

"PRECIOS. Las variaciones de los precios en el de los ítems (...) y en general todo lo necesario para las obras de construcción correspondiente al valor global del contrato y sin perjuicios de los ajustes pactados en el contrato.

"CANTIDADES DE OBRA (...) Los mayores o menores cantidades de obra para las obras de construcción respecto de las que el contratista estimó para calcular los factores económicos de la propuesta (...)"

En el proceso está suficientemente demostrado que los planos y diseños que presentó el IDU en la mayoría de las veces fueron incompletos, inconsistentes y algunos inexistentes, y ello dio lugar a que la contratante formulara su solicitud de actualizarlos o rediseñarlos.

Fue así como desde el mes de noviembre de 2008 el contratista advirtió de la alta probabilidad de fenómenos de remoción en masa y recomendó que se cambiara el proyecto para minimizar dichos riesgos. De inmediato el IDU aprobó la actualización de diseños estructurales de la troncal de la calle 26 y autorizó a la constructora para que los realizara, en el entendido, de que el cambio de diseños y planos tenían la finalidad específica de minimizar riesgos.

Para la fecha en que se iniciaron las obras estructurales de contención de la calle 26 el contratista conocía muy bien la situación geológica y geotécnica del terreno y el proceso constructivo que escogió fue el que consideró idóneo para controlar los riesgos propios de esa construcción.

Para el Tribunal el hecho de entregar a la constructora la facultad de diseñar y hacer los estudios para la totalidad de las actividades de contención que deberían ejecutarse en la troncal de la calle 26 desde Avenida Caracas a la carrera 3ª, conlleva la obligación de que las obras que se ejecuten cumplan con los parámetros mínimos de durabilidad, calidad, resistencia, estabilidad y funcionalidad, todos estos requisitos exigidos en el Otrosí N° 2. (Subraya el Tribunal)

La facultad de elaborar los estudios y diseños permite sin lugar a dudas la posibilidad de escoger un proceso de construcción más acorde con la situación real del terreno y cumplir con el compromiso que adquirió al exigir la actualización de diseños, es decir, minimizar o evitar en lo máximo, los riesgos.

Adicionalmente el contratista, al ser autorizado para elaborar las actualizaciones de estudios y diseños expresamente asumió la responsabilidad técnica en la construcción de las obras. Así la aceptó: *“(...) los aspectos técnicos serán de responsabilidad del contratista, adquiriendo este toda la responsabilidad de la construcción de los mismos”*.

La prueba testimonial no aportó mayores luces al tribunal dado que

especialmente expuso sobre la irregularidad o inexistencia de los planos aportados inicialmente por el IDU hecho que condujo a la autorización de la actualización o cambio total del proyecto para el manejo de las obras de contención de la calle 26.

Lo anterior permite al Tribunal declarar que no prospera la reclamación que sobre muros se formula en esta demanda y en ese sentido, aparece acreditada la correspondiente excepción formulada por el IDU.

4.3.2. Las pretensiones relativas al pago de las obras de peatonalización del puente de la carrera séptima y las rampas del Parque Bicentenario

4.3.2.1. Los hechos en que se fundamenta este grupo de pretensiones y las defensas formuladas respecto de ellas

La parte convocante solicita el reconocimiento y pago de los costos en que debió incurrir por concepto de mayor cantidad de las obras de peatonalización del puente de la carrera séptima y de las rampas del Parque Bicentenario, en cuanto las obras inicialmente estimadas y calculadas tuvieron como base el Plan de Manejo de Tráfico identificado con el numeral 410 y por decisiones posteriores de la administración, se modificaron los diseños de la obra de la Carrera 7 y del Parque, circunstancia por la cual tuvo que asumir costos adicionales que no estaban incluidos en el concepto de remuneración a precio global.

Transmilenio, en su escrito de contestación a la reforma de la demanda, formuló excepciones de mérito de carácter general y no específicamente para esta pretensión y reitera su manifestación de no ser parte sustancial en el Contrato de Obra.

El IDU por su parte, considera que la pretensión implica el cobro de lo no debido por cuanto “Carece de respaldo probatorio sobre el reclamado en relación con la peatonalización del puente de la carrera 7 y la rampa del Parque Bicentenario, habida cuenta que el contratista no realizó un balance detallado del presupuesto establecido por los costos asociados

por esta reclamación".

En su escrito mediante el cual descurre el traslado de las excepciones, la convocante sostiene que:

- Las cantidades de obra que fueron requeridas para la implementación del PMT 500 fueron calculadas por el perito técnico, en donde se detallan las cantidades ejecutadas y su costo de acuerdo con los APUS aprobados del contrato.
- Los riesgos que asumió el contratista con la suscripción del contrato, son los riesgos relacionados con las circunstancias previsibles y su asunción no puede extenderse ante la ocurrencia de circunstancias imprevistas o imprevisibles que distorsionan los elementos sobre los cuales se estructuró la oferta presentada.
- CONFASE por un cambio de política de movilidad de la administración distrital se vio en la necesidad de implementar el PMT 500.
- Dicho PMT contemplaba actividades sustancialmente diferentes a las previstas inicialmente.
- Las actualizaciones de diseño que fueron necesarios en virtud de los hechos evidenciados por CONFASE y aceptados por el IDU mediante otrosí No. 2 acta del 12 de marzo de 2009, que no fueron nunca imputables a CONFASE, implicaron cambios sustanciales en la obra relacionada con el puente de la carrera 7.
- Lo anterior derivó en la necesidad de adelantar obras adicionales que permitieran la implementación del PMT 500.
- Las circunstancias que derivaron en la implementación del PMT 500 con los sobrecostos que ello implicó resultaron ajenas, imprevisibles y no imputables a CONFASE.

Los hechos que sirven de sustento a la pretensión, consisten fundamentalmente en el cambio de diseño estructural del puente vehicular de la Carrera 7 respecto del pliego de condiciones inicial, por cuanto de una ampliación se pasó a la necesidad de demolición total, con la consecuencia que ello conlleva de variación en el plan de manejo de tráfico en cuanto no estaba contempladas la peatonalización de la

Carrera 7° ni la utilización de desvíos de tráfico.

Sostiene la convocante que si bien en el Otrosí No. 8 suscrito en septiembre de 2011 se pactó el alcance definitivo de las citadas obras con base en el Plan de Manejo 410, en el curso del año 2012 fue necesario adoptar el Plan de Manejo 500, que incluía actividades diferentes a las originales previstas, por la peatonalización de la Carrera 7°.

La convocante había incluido en el valor global los costos del Plan de Manejo de Tráfico 410 reflejados en el Otro si No. 8 de diciembre de 2011, que no preveían la decisión de peatonalizar la Carrera 7°, adoptada en el curso del año 2012, que implicaba costos adicionales.

A partir de febrero de 2012 y en comunicaciones sucesivas, CONFASE informó a la interventoría los costos adicionales derivados de la decisión de peatonalización y de las rampas, solicitudes que fueron negadas por ésta.³⁰

En julio de 2013 CONFASE acudió al mecanismo de solicitud de arreglo directo para obtener el reconocimiento y pago de estas obras, petición que dio origen a la celebración de unas mesas de trabajo en las cuales la entidad estatal solicitó información adicional sobre el comparativo de costos de implementación de los dos planes de manejo directo.³¹

Para sustentar la pretensión se presentaron como prueba el Otrosí No 8 al Contrato 136, las comunicaciones, los documentos y actas en las cuales se evidencia el desarrollo contractual y las diferencias que surgieron entre las partes en relación con el pago de estas obras y el dictamen técnico que acompañó la convocante.

Adicionalmente, los documentos contractuales en los cuales se establecen

³⁰ Comunicación CBF-I-0248-12 radicado IDU No. 20125260115812 del 24 de febrero de 2012: presupuesto para la peatonalización y la ciclorruta de la carrera 7; Comunicación CBF-I-0195-12: presupuesto rampas Parque Bicentenario.; Comunicación No. IML-1-172-0602-12 del 28 de febrero de 2012: pronunciamiento de la Interventoría sobre la implementación del PMT 500 para la demolición del puente de la Carrera 7; Comunicación IML-1-172-0567-12 del 24 de febrero de 2012: pronunciamiento de la Interventoría sobre el reconocimiento de las rampas del Parque Bicentenario.)

³¹ Contrato IDU 136 de 2007 Y Apéndice F

las obligaciones del contratista en el manejo de tráfico relacionado con las obras son los siguientes:

- Otrosí No. 7 y Adición No. 5 del 11 de octubre de 2010.
- Adicional No. 7 del 17 de diciembre de 2010.
- Otrosí No. 8 del 21 de septiembre de 2011.
- Comunicación con radicado IDU 20135260861712 en la cual CONFASE presenta solicitud de arreglo directo al IDU, respecto a:
 - Mayor permanencia por la sustitución de la reprogramación No. 6 por la Reprogramación No. 7.
 - Valor de las obras denominadas Muro 13, Muro 11, Muro Torres Blancas, Muros E.P. La Paz Muros Complementarios (M6 al M15).
 - Adecuación de la carrera 7 ante las variaciones entre el PMT 410 aprobado y el PMT 500 implementado.
 - Reconocimiento de costos SISOMO por la sustitución de la reprogramación No. 3 por la reprogramación No. 4.
 - Labores de Sondeo de Ducteria.
- Oficio No. STES 201334613322181 del 12 de agosto de 2013 en la cual el IDU informa que se encuentra revisando la solicitud de arreglo directo presentada por el Contratista.
- Acta de arreglo directo No. 5 del 21 de noviembre de 2013
- Comunicación No. CBF-I-0749-13 en la cual se remite la información acordada en el acta de arreglo directo.

4.3.2.2. Análisis del Tribunal frente a la pretensión

De conformidad con el Contrato 136 de 2007, el Contratista asumió íntegramente la obligación de adelantar y ejecutar las obras necesarias para el Plan de Manejo de Tráfico, obligación definida contractualmente como:

“Componentes de Manejo de Tránsito, Señalización y Desvíos: “Es la denominación que se aplica a cualquiera de los grupos de obligaciones y/o requerimientos a cargo del Contratista, a los cuales se refiere el Apéndice F de Contrato, con la única excepción de las obligaciones y/o requerimientos a que se refiere el numeral 11 de dicho Apéndice, y para los cuales se

establecen indicadores de cumplimiento y porcentajes de importancia relativa del Apéndice F. El Contratista deberá cumplir con los Componentes de Manejo de Tránsito Señalización y Desvíos que se señalan en el Apéndice F del Contrato so pena de incurrir en un incumplimiento contractual generador de multas en los términos de la cláusula 15 de este Contrato e incluso, causal de declaratoria de caducidad en los términos señalados en la Cláusula 16. Adicionalmente, el cumplimiento de tales Componentes de Manejo de Tránsito Señalización y Desvíos, durante cada uno de los meses de la Etapa de Construcción, determinará el valor del pago para el Contratista por concepto de las Labores de Manejo de Tránsito Señalización y Desvíos que desarrolle durante la Etapa de Pre construcción y Construcción, en los términos señalados en la Cláusula 10 de este Contrato”

Por su parte la Definición 40 dice:

“Labores de Manejo de Tránsito, Señalización y Desvío: “Se entenderán como todas aquellas labores desarrolladas por el Contratista para cumplir con sus obligaciones en materia de manejo de Tránsito, señalización y desvíos, de acuerdo con lo dispuesto en el Apéndice F del Contrato.”

En concordancia con lo anterior, en la definición 49 se establece:

“Plan de Manejo de Tránsito, Señalización y Desvíos o PMT

“Es el documento que debe elaborar o implementar el Contratista durante la ejecución del Contrato, para mitigar, controlar y minimizar el impacto que tenga el Proyecto sobre el Tránsito. Dicho Plan de Manejo de Tránsito, Señalización y Desvíos debe respetar puntualmente lo establecido en el Apéndice F de este Contrato, en el cual se incluyen las actividades, especificaciones, obligatorias para el Contratista, necesarias para el manejo del Tránsito durante la ejecución del presente Contrato.

En todo caso, para el cumplimiento de las Laboras de Manejo de Tránsito, Señalización y Desvíos el Contratista deberá sujetarse también a lo dispuesto en el Apéndice F”.

En la definición 63 bajo el título “Valor Global por Manejo de Tránsito y Señalización” se lee:

“El Valor Global por Manejo de Tránsito y Señalización será la suma fija máxima dispuesta en este Contrato para el pago al Contratista por la realización de las Labores de Manejo de Tránsito y Señalización a desarrollar durante las Etapas de Preconstrucción y de Construcción, en los términos de la

Cláusula 9 del Contrato y será el único pago que reciba el Contratista por la realización de las Labores de Manejo de Tránsito y Señalización, salvo por el mecanismo de ajuste dispuesto en las Cláusulas 9 y 10."

"Se entenderán como todas aquellas labores desarrolladas por el Contratista para cumplir con sus obligaciones en materia de manejo de Tránsito, señalización y desvío, de acuerdo con lo dispuesto en el Apéndice F del Contrato"

En la propuesta inicial del Contratista éste debía incluir:

"Valor para manejo de tránsito y señalización: los valores definidos por el IDU para cada uno de los tramos contienen todos los costos directos e indirectos necesarios para la ejecución de estas actividades. El proponente deberá tener en cuenta que el IDU ha establecido como presupuesto referente al manejo de tránsito y señalización en la etapa de construcción, los porcentajes para cada uno de los tramos, en el grupo correspondiente".

En el mismo sentido, en el Apéndice A Descripción General de las Obras, se reitera que todas las actividades, incluida la de manejo de tránsito, se encuentra dentro del Valor Global para Obras.

En consecuencia, tal y como se ha señalado, en principio, la remuneración pactada incluidos costos directos e indirectos debía cubrir en su integridad la ejecución total de estas labores. El contratista debía cumplir sus obligaciones a cabalidad con el propósito de mitigar, controlar y minimizar el impacto de las obras, incluso cuando tuviere que incurrir en costos superiores a los inicialmente estimados, toda vez que es claro que asumió el riesgo por las mayores o menores cantidades de obra o las variaciones de los precios y por tal razón no tendría derecho a reconocimiento alguno por sobre costos incurridos por obras adicionales.

Sin embargo, precisa el Tribunal revisar si efectivamente los elementos con base en los cuales las partes convinieron los términos y condiciones de la ejecución de la obra para la preparación del PMT se mantuvieron sin modificación frente a la propuesta inicial y en ese sentido, se entienden remunerados en el precio global como *"único pago que reciba el Contratista"* o si como consecuencia de modificaciones a los trazados o diseños se presentaron variaciones a las obras inicialmente planeadas y

cotizadas, que hicieron más gravosa la obligación del contratista y que para mantener la conmutatividad del contrato deben ser objeto de reconocimiento adicional.

La implementación de la obra correspondiente al Puente Bicentenario fue objeto del Otrosí No. 8 firmado por las partes el 21 de septiembre de 2011. En dicho documento se acordó lo siguiente:

1. *“Otrosí No 8. 21 de septiembre de 2011.*

Cláusula 1:

“Dar alcance a la cláusula primera del Otrosí No. 7 y Adición No. 5, la cual quedará así:

“La suma de VEINTE MIL OCHOCIENTOS SETENTA MILLONES DE PESOS (\$20.870.000.000) M/CTE, es para la construcción de las siguientes obras complementarias, por el sistema de precio global con ajuste:

(...)

“f. Construcción de un puente nuevo sobre la calle 26 con carrera 7.

Y la Adición en valor No. 8, Adición en plazo No. 9 y Otrosí No. 9 de 16 de diciembre de 2011 reguló:

“Cláusula 2: adicionar al valor del contrato expresado en la cláusula 9 del Contrato IDU No. 136 de 2007 por concepto de costo Global Ambiental, Social, Tránsito y Señalización la suma de siete mil cuarenta y nueve millones seiscientos once mil ochocientos setenta pesos (\$7.049.611.870) a precios de origen del contrato (diciembre de 2007) equivalente a 13162,0834 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

“Cláusula 3: Forma de Pago: el valor de la presente adición en valor, plazo y otrosí se pagará así: el pago del Costo Global Ambiental, Social, Tránsito y Tráfico establecido en la cláusula anterior, se realizará con base en los valores mensuales establecidos en el flujo de pago del Anexo No. 3 “Flujo de Pagos SISOMA, SOCIAL, TRÁFICO (valores a origen de contrato diciembre de 2007), valores a los cuales se aplicará lo establecido en el párrafo cuarto del numeral 10.2..1 del contrato, en relación con los descuentos en caso de no cumplimiento de las labores por parte del contratista (...).”

En el dictamen técnico presentado por la convocante, luego de una descripción detallada de las obras que tuvieron origen con la modificación del PMT como consecuencia de la decisión de peatonalizar la Carrera 7º y modificar el diseño del puente del Parque Bicentenario, el perito manifiesta:

“(…) Como ya se dijo, las obras inicialmente previstas en el pliego de condiciones de la licitación pública IDU-LP- DG-022-2007 para el puente vehicular de la Carrera 7 sobre la Calle 26, no incluían la demolición total de este puente, sino su ampliación al costado norte, razón por la que el plan de Manejo de Tráfico — PMT inicialmente previsto no exigía la peatonalización de la Carrera 7, ni la inclusión entre las vías de desvío del tránsito vehicular de la Calle 19 entre la Carrera 3 y la Avenida Caracas. Con posterioridad a la suscripción de la Adición en Valor número 8, Adición en Plazo número 9 y Otrosí número 9 al Contrato, se solicitó al Contratista modificar significativamente el PMT NO 410 para implementar una nueva política en cabeza de la Secretaría Distrital de Movilidad de conocimiento público, consistente en la peatonalización de la carrera 7 desde la calle 19 a la calle 28. lo que dio lugar a la elaboración del nuevo PMT N° 500. el cual, como se mostró en la respuesta anterior, es evidentemente diferente.

“Según consta documentalmente, mediante la Comunicación CBF-I-0248-12 radicado IDU No 2012 5260115812 del 24 de febrero de 2012 el Contratista informó a la Interventoría y al Contratante los costos adicionales de implementación del PMT N° 500 correspondiente a la peatonalización de la Carrera 7 (\$180.648.358,28). Asimismo, mediante la comunicación CBF-I-0195-12 del 13 de febrero de 2012 el Contratista informó los costos adicionales correspondientes a la implementación de las rampas requeridas para adecuar el paso peatonal por la franja N° 3 del futuro Parque Bicentenario (\$67.206.419)

“Es decir, el Contratista informó que el nuevo plan de manejo de tráfico exigido por la SDM (PMT NO 500), contemplaba actividades complementarias, no previstas en el PMT NO 410, elaborado inicialmente para la demolición y nueva construcción del puente de la carrera 7 con calle 26 de acuerdo con lo establecido en el Apéndice F, y tenido en cuenta para determinar la Adición en Valor número 8, Adición en Plazo número 9 y Otrosí número 9 al Contrato, suscrita el 16 de diciembre de 2011.

“Según los documentos, en el mes de diciembre de 2011, una vez se aprobó la reprogramación NO 5 y se solicitó la adición en valor N° 8 para actividades SISOMA, Social y Tráfico, se realizaron mesas de trabajo con el Interventor y el IDU en las cuales se tuvo en cuenta el PMT No.410, como premisa para calcular los recursos necesarios para la gestión de tráfico.

/.../

“Por tanto, concluyo desde el punto de vista técnico documental, que la adición en Valor número 8, Adición en Plazo número 9 y Otrosí número 9 al Contrato no incluye, entre otras, la peatonalización de la carrera 7a ni la construcción de las rampas requeridas para adecuar el paso peatonal por la franja N° 3 del futuro Parque Bicentenario, pues estas nuevas acciones de manejo del tránsito se solicitaron en el PMT N° 500,

conceptualizado por la SDM y el Contratante a partir del 16 de febrero de 2012, es decir, dos meses después de suscribir el documento”.

A la pregunta 6 el perito respondió:

“6. Sírvase determinar si la Interventoría y el Contratante se negaron a reconocer las sumas reclamadas por el Contratista como consecuencia de la implementación del PMT 500 y del PMT 410, expresando su opinión técnica al respecto.

/.../

“El Contratante también se negó a reconocer las sumas reclamadas por el Contratista, razón por la que éste presentó una solicitud de Arreglo Directo, mediante la comunicación, radicado IDU 20135230861712 del 31 de julio de 2013 en cuya pretensión N° 4 e/ Contratista señaló:

‘3. Que el IDU debe pagar a CONFASE SA., las obras de adecuación peatonal de la Carrera 7 entre calles 19 y 26 resultantes de las variaciones entre el PMT No. 410 aprobado y el PM T No. 500 implementado, en donde se atendieron las exigencias de la Entidad y la SDM

“Mediante oficio No. STES 20134613322181 del 12 de agosto de 2013, el Contratante respondió la anterior comunicación manifestando:

‘Con el fin de atender el comunicado recibido con el número de la referencia, mediante el cual hace solicitud de Arreglo Directo, Clausula 2 (sic) de' contrato de obra, nos permitimos informar que la Entidad se encuentra revisando y analizando la información relacionada con cada una de las pretensiones; una vez finalizada esta etapa se informará oportunamente.

‘De acuerdo con lo establecido en el Acta de Arreglo Directo, suscrita el 21 de noviembre de 2013, a las 7 a.m. se llevó a una mesa de arreglo directo, en la cual el IDU solicitó información adicional respecto a la comparación de costos correspondientes a la implementación del PMT N ° 500 y del inicialmente considerado N° 410’.

“El 25 de noviembre de 2013, mediante la comunicación CBF-1-0749-13 el Contratista remitió la información solicitada por el Contratante en la mesa de arreglo directo del 21 de noviembre de 2013 acerca de los costos de implementación de los mencionados PMTs:

/.../

“Por consiguiente, concluyo desde el punto de vista técnico-documental que las labores y medidas de manejo del tránsito implementadas para la peatonalización de la carrera 7a entre Calles 19 y 26, y la construcción de las Rampas requeridas para

adecuar el paso peatonal por la franja N° 3 del futuro Parque Bicentenario, no hacían parte de los alcances incluidos en los \$7.049.611.870 adicionados para la gestión SISOMA social y de tráfico mediante la Adición en Valor número 8, Adición en Plazo número 9 y Otrosí número 9 al Contrato”

En su respuesta a la pregunta 7 contestó el perito:

“7. Sírvese determinar medidas adicionales de manejo del tránsito en el puente vehicular de la Carrera 7 sobre la Calle 26;y determine el mayor costo correspondiente a su implementación (páginas 49 y ss del dictamen) .

“El costo de implementación de las anteriores medidas asciende a:

- “En el primer cuadro el valor asciende a la suma de \$ 330.249.846,78, calculada con base en el ICCP e indexada a junio de 2015 y liquidada con base en los precios unitarios correspondientes, y a las actividades y cantidades establecidas para la implementación del PMT No. 500, como sigue:

OBRA	VALOR TOTAL CON AJUSTES	INDEXACIÓN POR IPC A JUNO 2015	TOTAL A JUNO 2015
Rampas Parque Bicentenario	93.827336,00	9,120.58329	102.947.91929,
Peatonalización 7	207.393.786,17	19.908.141,33	227.301.927,49

“En el cuadro que se detalla a continuación, el valor asciende a la suma de \$326.806.840,62, calculada con base en et IPC y liquidada teniendo en cuenta los precios unitarios correspondientes y a las actividades y cantidades establecidas para la implementación del PMT No. 500, como sigue:

OBRA	VALOR TOTAL DIC 20077	INDEXACIÓN POR IPC A JUNIO 2015	TOTAL A JUNIO 2015
Rampas Parque Bicentenario	93.827.336,00	9.120.583,29	102.947.919,29
Peatonalización Carrera 7	170.427.237,29	53.431.684,04	223.858.921,33
TOTAL	264.254.573,29	62.552.267,32	326.806.840,62

En el mismo sentido coinciden los testimonios de William Yesid Cifuentes y Claudia Tatiana Ramos para señalar que como consecuencia de la decisión de peatonalizar la Carrera 7° y del nuevo diseño del puente del Parque Bicentenario, las obras inicialmente planeadas fueron objeto de modificación, cuyo alcance no se vio reflejado en el Contrato Adicional

No. 8 ni en la Adición en valor No.8, por cuanto para la fecha de suscripción de estos documentos, se estimaron los costos de la ejecución de las obras de PMT con base en el No. 410 y no en el No. 500 que fue el finalmente ejecutado. (Dictamen técnico, págs. 35 a 44)

Así las cosas, resulta para el Tribunal evidente que la obligación del contratista en punto del Plan de Manejo de Tráfico está directamente relacionada con el diseño de las obras a ejecutar y que en alguna medida puede calificarse como una obligación que deriva en su planeación y ejecución de la propia obra a construir. Por lo tanto, cualquier cambio en la concepción inicial del diseño o de las condiciones de ejecución, implica necesariamente la modificación a los planes para mitigar el impacto de las obras, en este caso el Plan de Manejo de Tráfico.

Consta en el plenario que las partes modificaron el diseño del puente del Parque Bicentenario y que finalmente se incluyó su demolición total y construcción nueva, obras que en principio estaban remuneradas por las sumas incluidas en el Adicional No. 8 y en el Adición al valor No. 8, tanto para la ejecución misma como para el reconocimiento de los valores por concepto del SISOMA. Sin embargo, consta también que en el curso del año 2012 la administración distrital adoptó la decisión de peatonalizar la Carrera 7° hasta la calle 26 y esa decisión tuvo como efecto directo la modificación de los planes de manejo de tráfico, por cuanto no era físicamente posible ejecutarlos tal como se habían previsto inicialmente. (En el Apéndice F Páginas 36 y siguientes se habían definido los desvíos previstos en el tráfico para el trazado original de la obra)

Al respecto es preciso determinar si las modificaciones en las obras y la decisión de peatonalizar la Carrera 7°, que en concepto del contratista le generaron unos costos superiores, que no estaban incluidos en el cálculo del precio global y, en consecuencia, le causaron un deterioro patrimonial, encuadran dentro de los supuestos de hecho que están consagrados en la legislación como causas de rompimiento del equilibrio económico y específicamente, en presencia de cuál de esas causales.

En concreto, se trata de definir si el equilibrio económico se pudo ver

afectado por actos de la administración, específicamente, por incumplimiento de sus obligaciones contractuales o modificación de las condiciones iniciales, o por actos que le sean imputables, en ejercicio de su función estatal.

En efecto, la ley 80 de 1993 en sus artículos 4 y 5 establece los deberes y derechos de las partes contratantes y específicamente señala la obligación de ejecutar el contrato conforme a los principios de buena fe y diligencia y, de otra parte, el deber de mantener el equilibrio económico del contrato y de restablecerlo cuando ocurra su ruptura, siempre que no tenga origen en la conducta de la parte afectada. Sobre este particular ha señalado el Consejo de Estado que:

“el contratista cuya propuesta fue acogida por la administración, considera que las obligaciones que asume en virtud del contrato que suscribe, resultan proporcionales al pago que por las mismas pretende recibir, toda vez que al elaborar dicha oferta, ha efectuado un análisis costo-beneficio, fundado en los estudios y proyecciones que realizó en relación con los factores determinantes del costo de ejecución de las prestaciones a su cargo y la utilidad que pretende obtener a partir de la misma.”

El numeral 1 del artículo 5 de la ley 80 señala:

“Para la realización de los fines de que trata el artículo 3 de esta ley, los contratistas:

“1. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

En consecuencia, tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato”.

Por su parte, el artículo 27 de la ley 80 de 1993 dispone;

“Artículo 27°.- De la Ecuación Contractual. *En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las*

partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

“Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantías, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate”.³²

Así las cosas, si la estimación inicial del contratista para implementar el PMT se había elaborado con base en unas condiciones precisas y como consecuencia de una decisión de la propia administración contratante fue necesario incurrir en gastos adicionales que no pueden entenderse íntegramente remunerados, esta decisión genera un daño en el contratista y resulta claro que tendría derecho a reclamar el pago de los costos adicionales como consecuencia del incumplimiento de la entidad estatal, materializado en la introducción de modificaciones tanto al contrato original como a las especificaciones técnicas contenidas en los anexos y en los documentos del proceso licitatorio, con base en las disposiciones legales citadas.

No puede perderse de vista que, en cuanto las obligaciones contractuales nacen para ser cumplidas en los términos en que fueron contraídas y sin perjuicio de reconocer que sobre este punto no existe consenso total en la doctrina y en la jurisprudencia nacionales, el numeral 1 del artículo 5 de la ley 80 consagró el incumplimiento de obligaciones contractuales como causal de desequilibrio económico, con la ineludible consecuencia del deber en cabeza de la administración de responder frente al particular, porque esos costos adicionales que surgen como consecuencia de la modificación a las condiciones de la obra, exceden el alea normal y el riesgo asumido contractualmente por el particular al presentar su propuesta y celebrar el contrato.

³² Sentencia del 7 de marzo de 2011 de la Sección Tercera Subsección C MP: Olga Melida Valle de La Hoz. Exp: 25000-23-26-000-1997-04638-01 (20683)

Adicionalmente y aun en el supuesto de considerar que el incumplimiento contractual no implica en sí mismo una causa de desequilibrio de la ecuación económica del contrato, desde la perspectiva de la responsabilidad contractual resulta claro en todo caso que, si la Entidad estatal incumple con sus obligaciones y a causa de su conducta irroga un daño a la otra parte, deberá resarcir ese daño patrimonial, conforme a las preceptivas del artículo 50 de la ley 80 de 1993 y del Código Civil.

En efecto, se ha sostenido que el precio global incluye todos los gastos y costos del contratista para realizar una obra concreta y definida, y que su obligación se extiende hasta la entrega definitiva de esa. Pero también ha sido aceptado por el Consejo de Estado que la naturaleza de contrato a precio global no implica la inmutabilidad de las obligaciones ni la improcedencia del restablecimiento del equilibrio contractual:³³

"El contrato de obra pública esta cobijado por el principio de la ecuación financiera, definida por el autor argentino Osvaldo Máximo Bezzi como "una relación establecida por las partes contratantes en el momento de celebrar el contrato sobre un conjunto de obligaciones de éste, considerados equivalentes". Afirma el mismo autor que este razonamiento encuentra su apoyo en "el carácter conmutativo del contrato de obra pública, en el que "las obligaciones que se asumen las partes son ciertas y apreciables en su significación económico social, en el acto mismo en el que se perfecciona el contrato" o, como lo afirma la doctrina francesa " El contrato es conmutativo cuando la ventaja que cada una de las partes obtiene del contrato es susceptible de ser evaluada por ellas en el momento de la conclusión del acto".

"Es por esta característica propia del contrato de obra pública, que la Sala encuentra al IDU obligado a reconocer y pagar la mayor cantidad de obra recibida, pues consciente como era de que cada metro cuadrado de obra tenía un valor pactado deducible del valor global acordado, no es de recibo considerar que el IDU "creyó" que las mayores cantidades eran una donación o un "regalo" del contratista. No es dable suponer que, en presencia de un contrato oneroso y conmutativo, un contratante reciba a entera satisfacción más de lo acordado inicialmente, y pretenda no reconocer y pagar el exceso. Esto escapa al principio de la buena fe que debe gobernar las relaciones negociales y la equidad como regla general de

³³ M. P. Daniel Suárez Hernández, Exp. 14855, pronunciamiento reiterado en la sentencia de 29 de agosto de 2007, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, Exp. 14854.

derecho que gobierna todos los actos y negocios jurídicos, especialmente los estatales.

/.../

“La tendencia doctrinal y jurisprudencial contemporánea considera al contratista como un COLABORADOR de la administración, no sometido de manera exclusiva a los riesgos del alea de pérdida o ganancia en desarrollo del contrato estatal. Ni siquiera en los contratos pactados a "precio global", que fueron definidos por el artículo 88 del decreto 222 de 1983 (..)”.

“En aplicación del principio general de la equidad, no puede atribuirse de manera exclusiva al contratista los efectos que produce la presencia de áleas en un contrato estatal, entendidas estas como los riesgos que pueden alterar la economía original de los contratos. El derecho moderno reconoce y protege los intereses legales y justos que movieron al particular a suscribir el contrato con la administración. Por otra parte, cabe afirmar que la modalidad de "precio global" lo que pone de presente son los elementos o aspectos que él envuelve o comprende, pero nunca podrá entenderse como la rigidez inmutable que impida llevar a cabo los desajustes de contenido económico, originados en causas sobrevinientes, eso sí, no imputables al contratista”³⁴

En el caso concreto objeto de decisión por el Tribunal, el incumplimiento del IDU alegado por el convocante a su obligación de reconocer y pagar unas sumas a las que tendría derecho es la causa del reclamo del contratista, en cuanto una vez suscrito el contrato, éste es ley para las partes y no puede ser modificado sin el consentimiento de la otra parte ni modificados unilateralmente los términos y condiciones de su ejecución.

Así, si el IDU planeó la ejecución de la obra con un trazado inicial y el contratista se comprometió a la ejecución en esos términos a cambio de una remuneración fija, la modificación de las condiciones iniciales que hace más gravosa la obligación del contratista implica la obligación de reconocerle y pagarle el mayor valor en que tuvo que incurrir por costos adicionales que no le son imputables a error o a culpa en su conducta y tendrá derecho a su reconocimiento íntegro, porque el contratista es un verdadero colaborador del Estado que se hace acreedor a recibir la compensación correspondiente a las actuaciones de la entidad, cuando éstas le generan un perjuicio.

No podría sostenerse que el particular está obligado a asumir, como parte de su remuneración, los costos adicionales derivados de la ocurrencia de riesgos que no pueden calificarse como riesgos normales del negocio. La jurisprudencia ha sido coincidente en señalar que cuando en un contrato de obra a precio global la entidad modifica las condiciones de ejecución, esas obras adicionales no están incluidas en la remuneración pactada, porque no fueron previstas ni previsibles ni estimadas por el contratista, quien no puede verse obligado a asumir una pérdida injustificada como consecuencia de los actos de su contraparte.

En este sentido, el propio contrato reafirma la anterior conclusión en la distribución de riesgos por cuanto la entidad estatal retuvo el riesgo de obras no previstas o adicionales que no tengan origen en culpa del contratista y esa modificación unilateral a los términos de la ejecución contractual frente a los términos iniciales es precisamente la materialización concreta de ese riesgo.

En consecuencia, el Tribunal encuentra probada la pretensión de la convocante en cuanto al incumplimiento del IDU de la obligación de reconocer y pagar los gastos y costos adicionales en que incurrió el contratista como consecuencia de la modificación a los diseños de las obras y cambios en los trazados, y así lo declarará en la parte resolutive de este Tribunal.

Para liquidar la cuantía de la condena el Tribunal se basa en el dictamen presentado por la convocante, en cuanto éste no fue objetado por la entidad estatal y en tanto, el IDU no probó en el curso del trámite que hubiere pagado total o parcialmente la obligación reclamada.

4.3.3. Las pretensiones relativas al pago de los costos de acabados del Box peatonal de Las Aguas

4.3.3.1. Los hechos en que se fundamenta este grupo de pretensiones y las defensas formuladas respecto de ellas

La pretensión 3.3. incluye también la solicitud de “que se declare que el

IDU incumplió el Contrato IDU-136 de 2007, al no reconocer ni pagar a CONFASE las obras relacionadas con los nuevos acabados del Box de “Las Aguas”, las cuales debieron ejecutarse por el contratista por la decisión del IDU de modificar las especificaciones originales de los Box peatonales, la cual se originó debido a unas especificaciones particulares de construcción mal elaboradas por dicha entidad estatal.”

Transmilenio formuló excepciones generales de mérito más no específica frente a esta pretensión y reiteró su manifestación de no ser parte sustancial en el Contrato de Obra.

En su escrito de contestación a la reforma a la demanda, el IDU se opuso a la pretensión por considerar que dichas obras estaban incluidas en el valor global del contrato y que “CONFASE debía ejecutar las obras de acuerdo con lo establecido contractualmente sin desconocer la estructuración de riesgos en el contrato IDU 136 de 2007 (audiencia realizada durante el procedimiento de licitación pública), en la que se precisaron los riesgos a cargo de las partes y que posteriormente quedaron plasmados claramente en la cláusula 8 del contrato.” y que “el cambio de especificaciones en los acabados a fin de garantizar la seguridad de los usuarios en las obras objeto de este contrato, estaban a cargo de la firma contratista dentro del valor global”.

Afirma que “en el caso de que estas actividades superaran el valor presupuestado inicialmente en la licitación, los mayores costos serán cubiertos por el componente de imprevistos del AIU.”

Por su parte, en el escrito en el cual la convocante describió el traslado de las excepciones, reitera su solicitud y afirma que: “En desarrollo del proceso y en la etapa procesal pertinente, quedará demostrado que: (i) las especificaciones técnicas contenidas en el apéndice A (documento en virtud del cual CONFASE estructuró su oferta económica) fue modificado de manera unilateral por parte del IDU, cambiando las especificaciones de los acabados del Box de Las Aguas, ocasionando con ello un sobre costo al contratista sin que ello fuera remunerado. No puede entenderse que el IDU, debido a una decisión unilateral, ajena e imprevista al contratista

modifique las especificaciones técnicas de una obra y pretenda que dichos cambios y sus consecuencias económicas sean asumidos por el contratista.”

En la descripción de los hechos que dan lugar a sustentar su pretensión, afirma la convocante que las especificaciones de los acabados estaban debidamente descritas en el Apéndice A del Contrato, con base en las cuales se presentó la propuesta y que la Entidad estatal solicitó una nueva propuesta para las especificaciones del piso, solicitud que fue atendida por CONFASE en el año 2010 para presentar alternativas con los precios unitarios de los nuevos acabados que cumplieran las especificaciones técnicas.

En comunicación de mayo de 2011 la Entidad estatal definió unos acabados diferentes a los inicialmente consagrados en el Apéndice A, los cuales fueron acogidos e instalados por CONFASE en el Box de Las Aguas.

Las pruebas que sustentan la pretensión son entre otras las siguientes:

- Adicional No. 3 del 24 de diciembre de 2009, cláusula 3 que contempla exclusivamente el box peatonal de la calle 12.
- El archivo adjunto al correo electrónico del 17 de marzo de 2010.
- Comunicación No. CBF-I-0485-10 de fecha 7 de abril de 2010: propuesta en relación con los acabados a ser utilizados en los box peatonales.
- Comunicación No. CBF-I-0558-10 del 19 de marzo de 2010: solicitud que se definan lo antes posible por parte del IDU los acabados que deben instalarse en el túnel peatonal.
- Comunicación No. IDU-033120 STES-346 del 18 de mayo de 2010: el IDU informa a la Interventoría sobre la decisión de cambiar los acabados del Box.

4.3.3.2. Análisis del Tribunal a esta pretensión

La construcción y entrega de los Box y sus especificaciones técnicas se definieron desde la propuesta inicial en el Anexo A al Contrato de Obra en los siguientes términos:

PARTIDA GLOBAL DENTRO DE ADENDO 6									CANTIDAD	VALOR TOTAL (2007)
ÍTEM	DESCRIPCIÓN	UNI.	ORIGEN PRECIO	COSTO DIRECTO BASE	FECHA BASE	ICCP MES BASE	lo/l	VALOR UNITARIO Diciembre 2007	Dic-07	

ICCP Dic 2007 113,74										
MUROS										
3.3.6	Suministro e instalación de Pizarra de 0,40 x 0,40 Brasileira o similar	M2	ADENDO 6	\$ 77.869,00	dic-07	113,74	1	\$ 77.869,00	513,46	39.982.616,74
PISOS										
3.3.10	Suministro e instalación de Porcelanato travertino beige o similar.30 x .60 trabado para pisos	M2	ADENDO 6	\$131.382,00	dic-07	113,74	1	\$ 131.382,00	448,08	58.869.646,56
MURO FALSO EN MAMPOSTERIA										
3.3.3	Muro de limpieza en ladrillo tolete común E=0,12	M2	ADENDO 6	\$ 25.405,00	dic-07	113,74	1	\$ 25.405,00	631,80	16.050.879,00
3.3.4	Suministro y colocación de concreto de 3000 PSI para Viga corona de 0,26 x 0,40 mt incluye refuerzo de 4 de 1/2" y flejes de 3/8 cada 20 cm	ML	ADENDO 6	\$ 76.908,00	dic-07	113,74	1	\$ 76.908,00	224,04	17.230.468,32
3.3.8	Suministro y colocación de concreto 2500 PSI para Viga fundida en sitio (parte inferior del muro) 0,12 x 0,17 mts, incluye refuerzo de 4 de 1/2" y flejes de 3/8 cada 20 cm	ML	ADENDO 6	\$ 29.932,00	dic-07	113,74	1	\$28.932,00	224,04	6.705.965,28
OTROS ACABADOS										
3.3.11	Suministro y colocación de Relleno en concreto fluido 20kg/cm2 e=14cm	M3	ADENDO 6	\$ 189.511,91	dic-07	113,74	1	\$ 189.511,91	62,73	11.888.082,11
3.3.7	Cañuela en mortero impermeabilizado de 2500 PSI fundido en sitio	ML	ADENDO 6	\$ 27.650,00	dic-07	113,74	1	\$ 27.650,00	224,04	6.194.706,00
3.3.9	Guardaescoba en media caña en granito pulido color negro	ML	ADENDO 6	\$25.474,00	dic-07	113,74	1	\$25.474,00	224,04	5.707.194,96
CIELO RASO										
3.3.1	Suministro e instalación Cielo Raso HD Lyne – IN. o Similar (incluye estructura e instalada)	M2	ADENDO 6	\$ 112.100,00	dic-07	113,74	1	\$ 112.100,00	448,8	50.229.768,00
TOTAL COSTO DIRECTO SEGÚN ADENDO 6 A DICIEMBRE DE 2007									\$ 212.859.326,97	

Durante la ejecución del contrato, en el curso del mes de marzo de 2010, según se acredita en comunicaciones CBF-I-0485-10 y CBF-I-0558-10, el IDU solicitó al contratista la modificación de los términos y condiciones de los acabados del Box de Las Aguas, situación que de conformidad con la pretensión del contratista deben ser reconocidos y pagados, por cuanto la modificación de las especificaciones implicó unos costos adicionales que no estaban remunerados por el precio global.

En el dictamen técnico aportado por la Convocante, sobre el punto concreto contesta el perito lo siguiente:

“1. De acuerdo con el pliego de condiciones pliego de condiciones de la licitación pública IDU-LP-DG-022-2007, sírvase determinar los acabados arquitectónicos establecidos para los túneles peatonales objeto del Contrato de Obra IDU 136 de 2007.

"En el Apéndice A del contrato IDU-136-2007, "Especificaciones Particulares de construcción se estableció, bajo el acápite "DISEÑO DE TÚNELES PEATONALES GENERALIDADES, lo siguiente:

"El manejo para el acabado arquitectónico de los box peatonal es típico y aplica para todos los existentes en el proyecto, teniendo en general las siguientes características que se muestran en los planos de detalle típicos de estas estructuras

- "Para los cielos rasos el material será tablero o panel yeso de 5/8" con película de material absorbente (ref. KNAUF DELTA 6--18R) o similar, de altura 2.80 desde el piso acabado. La luminaria empotrada será de tipo TCW 196/232 pacific (phillips) o similar; incrustada en un panel.
- "El muro de limpieza será en ladrillo tolete común, enchapado en porcelanato de 0.30 x 0.60 trabado.
- "El pasamanos de apoyo vertical sobre muro, será en tubo de agua negra de 2" con soporte metálico 10 x 23 x 3/8" al muro y pernos de fijación.
- "Los pisos se terminarán en porcelanato de 0.30m x 0.60m trabado con un remate en franja de ajuste con media caña en granito pulido color negro a los costados "

"2. De acuerdo con los documentos puestos a su disposición, sírvase determinar si durante el desarrollo del Contrato de Obra IDU 136 de 2007 se modificaron los acabados arquitectónicos inicialmente establecidos para los túneles peatonales.

"Sí, como se muestra enseguida con base en los documentos que se citan, durante el desarrollo del Contrato de Obra IDU 136 de 2007 se modificaron y mejoraron los acabados arquitectónicos inicialmente establecidos para los túneles peatonales, y estos cambios causaron mayores costos al Contratista.

"Según consta en el acta de reunión celebrada el 12 de marzo de 2010 con presencia de delegados de Transmilenio, el Contratista, la Interventoría y el Contratante, éste solicitó al Contratista presentar una propuesta acerca de los acabados a ser utilizados en los box peatonales que serían construidos en desarrollo del Contrato, toda vez que los materiales indicados en la especificaciones particulares del Apéndice A para los pisos en porcelanato, no eran los adecuados para su implementación, dado que las especificaciones técnicas del mismo no cumplían lo requerido para tráfico peatonal pesado.

"Consta también que el 17 de marzo de 2010, el Contratista remitió, vía correo electrónico para revisión y análisis por parte de la Interventora, la información relacionada con los precios unitarios correspondientes a los acabados que sí cumplían con dichas especificaciones técnicas.

"Y que mediante comunicación No.CBF-I-0485-10, del 7 de abril de 2010, el Contratista solicitó a la Interventoría, información

acerca de la revisión de la propuesta económica correspondiente a los materiales de piso apropiados para soportar tráfico peatonal pesado, e igualmente solicitó una reunión con et Contratante y Transmilenio, con el fin de sustentar los precios presentados para los materiales de acabado a instalar en los box peatonales de todo el sistema y, en desarrollo de lo solicitado durante la reunión del 12 de marzo de 2010 remitió los costos correspondientes a las diversas alternativas planteadas, con el objeto de que la Interventoría evaluara y recomendara al Contratante la alternativa que considera mejor desde el punto de vista técnico y económico.

“Según se desprende de la comunicación CBF-I-0558-10 del 19 de marzo de 2010, el Contratista solicitó al Contratante determinar de manera definitiva los acabados a instalar en los Box peatonales del sistema y, por ende, la aprobación de los presupuestos presentados. Esto porque la meta física denominada Box Carrera 3a vencía el 16 julio de 2010, y aún no se tenía claridad respecto de los materiales a instalar:

“En ese orden de ideas y dado que la entrega de este túnel está prevista de acuerdo con la programación para el día 16 de julio de 2010, atentamente solicitamos se nos informe el tipo de acabados que deban ser instalados y si la entidad acepta la propuesta presentada al respecto por este contratista.

“En la comunicación IDU-033120 STES-346 del 18 de mayo de 2010, el Contratante informó a la Interventoría acerca de los acabados a utilizar en los túneles peatonales como sigue, y manifestó que no habría cambios en las cantidades previstas en el Adendo N° 6 para los túneles peatonales y que los acabados de no serían objeto de balance.

Descripción de la propuesta
MUROS: Enchape en cerámica piedracid riversand 45x45. Fabricación Nacional (Suministro e Instalación)_ En lugar de porcelanato de 0.30 0.60 llabado inicialmente previsto.
PISOS: Enchape en mármol tipo royal veteado o similar. Espesor 1 cm. Fabricación (Suministro e Instalación) En lugar de porcelanato de 0.30m x 0.60m trabado con un remate en franja de ajuste con media caña en granito policio color negro a los costado
CIELO RASO: Tipo Hunter Douglas Bandeja Tile Lay o Similar (Suministro e Instalación) En lugar del tablero p panel yeso de 5/8" con película de material absorbente ref. KNAUF DELTA 6-18R o similar inicialmente previsto.

“En resumen, durante la Etapa de Construcción del Contrato el Contratante modificó y mejoró las especificaciones de los acabados previstos para los box peatonales, como

No.	DESCRIPCIÓN	APÉNDICE A	PROPUESTA PRESENTADA A SOLICITUD DE LA ENTIDAD
-----	-------------	------------	--

1	Cielo	Material será tablero o pared yeso de 5/8' con película de material absorbente (ref. KNAUF DELTA E=13R) o similar, de altura. 2.80 desde el piso acabado	Tipo Hunter Douglas Bandeja Tik Lay-in o similar (suministro en instalación)
2	Pisos	En porcelanato de 0.30m x 0.60m trabado con un remate en franja de ajuste con media caña en granito pulido color negro a los costados	Enchape en mármol tipo royal veteadado (sic) o similar. Es peror 1 cm Fabricación nacional (suministro en instalación)
3	Muros	El muro de limpieza será en tolete común, enchapado en porcelanata de 0.30 x 0.60 rabada.	Enchape en cerámica riversand 45*45 Fabricación nacional (Suministro e instalación)

“3. De acuerdo con sus anteriores respuestas, sírvase determinar los mayores costos correspondientes a los cambios de las especificaciones de los acabados arquitectónicos inicialmente establecidos para los túneles peatonales-

“Ante todo, conviene señalar que en desarrollo del Contrato se construyeron tres (3) boxes peatonales, uno en la carrera 3a (box Las Aguas) y dos en la carrera 10 (calle 25 y calle 24)

“En la construcción del box o túnel peatonal de la carrera 3a (box Las Aguas), construido con las nuevas especificaciones solicitadas por el IDU, se generaron mayores costos correspondientes a' cambio de especificaciones de los acabados arquitectónicos. Desde el punto de vista técnico estos mayores costos resultan de la revisión y cambios por parte de la Entidad de las especificaciones originalmente establecidas, las cuales fueron sustituidas por materiales que cumplieran con los estándares previstos para este tipo de obras.

“Así se relaciona en los siguientes cuadros:

“En el primer cuadro el valor asciende a la suma de \$ 672.837.042,19, calculado con base en el ICCP e indexada a junio de 2015 y liquidada con base en los precios unitarios correspondientes y en las cantidades establecidas en los planos record, como sigue.

OBRA	VALOR TOTAL CON AJUSTES	(INDEXACIÓN POR IPC JUNIO 2015	TOTAL POR IPC A JUNIO 2015
Acabados Box Las Aguas	\$576.750. 016,45	\$96.087.02 5,73	\$672.837.0 42,19
TOTAL	\$576.750. 016,45.	\$96.087.02s ,73	\$672.837.0 42,19

“En el cuadro que se detalla a continuación, el valor asciende a la suma de \$698.662.624,30 calculada con base en el IPC y liquidada teniendo en cuenta los precios unitarios correspondientes y las cantidades establecidas en los planos record, como sigue:

OBRA	VALOR TOTAL A DIC 2007	INDEXACIÓN POR IPC A JUNIO DE 2015	INDEXACIÓN POR IPC A JUNIO DE 2015
Acabados Box de Las Aguas	\$531.902.593,62	\$166.760.030,68	\$698.662.624,30
TOTAL	\$531.902.593,62	\$166.760.030,68	\$698.662.624,30

En el mismo sentido coinciden las declaraciones de los testigos Claudia Tatiana Ramos y Valentina Botero respecto de la modificación de las especificaciones de los acabados del Box y de la decisión de IDU de efectuar dichos cambios.

Las mismas consideraciones que sirvieron de base para la prosperidad de la pretensión respecto de los costos adicionales por concepto de los PMT, son aplicables a la solicitud de reconocimiento y pago de las obras adicionales como consecuencia de la decisión de la entidad estatal de obligar al contratista a instalar terminados diferentes a los inicialmente previstos para el box de las aguas, hecho que está debidamente probado y aceptado por la propia Entidad Estatal.

En efecto, la modificación a los acabados del Box frente a los considerados inicialmente en el Apéndice A no pueden considerarse como un imprevisto que esté incluido dentro del precio global, en cuanto se trata una obra diferente a la descrita y delimitada en el pliego de condiciones, y en tal sentido su modificación implica también el cambio

de las condiciones de la ejecución de la obra contratada. En esa medida, dichas obras adicionales constituyen un cambio de la obligación que no fue ni ha debido ser prevista por el contratista e implican también en este caso, un incumplimiento de la entidad estatal y la obligación de reconocer su costo al contratista.

No aparece probado en el expediente que CONFASE hubiere requerido el pago o reconocimiento de dichos costos adicionales, ni la solicitud de modificación del contrato o de adicionarlo para reflejar en el Contrato las nuevas condiciones que le resultaban más gravosas en la ejecución de la obligación.

El IDU al formular su excepción a esta pretensión no acreditó que se hubiere pagado suma alguna por concepto de los terminados del Box de las Aguas ni objetó el monto que fue calculado y liquidado por el perito en su dictamen técnico; tampoco hizo referencia alguna a la ausencia de solicitud de modificación o reconocimiento de ese pago como causa para negar el pago de la pretensión.

En consecuencia, en cuanto para el Tribunal está probada la existencia de la obligación de reconocer y pagar las sumas por concepto de los acabados del Box peatonal de las Aguas, y no obstante que, conforme a las pruebas, CONFASE no acudió ante la entidad estatal oportunamente a solicitar su pago y reconocimiento, el Tribunal accederá a la pretensión incoada por las razones expuestas y a proferir la condena en el monto probado en el respectivo dictamen que no fue objetado.

4.4. Las pretensiones relacionadas con el sobreacarreo de escombros

4.4.1. Los hechos en que se fundamenta este grupo de pretensiones y las defensas formuladas respecto de ellas

En la pretensión 4.1. se solicita que se declare que el IDU incumplió el Contrato IDU-136 de 2007, al no reconocer ni pagar a CONFASE el valor sufragado por concepto de las mayores distancias de acarreos en que

debió incurrir como consecuencia del cierre de las escombreras autorizadas y del denominado "Fenómeno de la Niña".

En su escrito de contestación a la reforma a la demanda, la convocada se opuso a la pretensión por considerar que CONFASE debía ejecutar las obras de acuerdo con lo establecido contractualmente, sin desconocer la estructuración de riesgos en el Contrato IDU-136 de 2007, en la que se precisaron los riesgos a cargo de las partes y que posteriormente quedaron plasmados en la cláusula octava del Contrato.

Afirma que *"en el caso de que estas actividades superaran el valor presupuestado inicialmente en la licitación, los mayores costos serán cubiertos por el componente de imprevistos del AIU"* y adicionalmente estaban incluidas dentro del valor global del contrato.

Por su parte, en el escrito en el cual la convocante descurre el traslado de las excepciones, reitera su solicitud y afirma que: *"el IDU aprobó un Análisis de precios Unitarios no Previstos para la remuneración de mayores distancias de acarreo"*, con base en lo cual reafirma que la Interventoría y el IDU han negado el pago de las actividades realizadas por CONFASE enmarcadas dentro de dicha actividad.

La convocante expone en los hechos de la demanda que mediante comunicación CBS-S-0536 -10 de agosto 18 de 2010, CONFASE informó al IDU sobre el cierre de las 16 diversas escombreras utilizadas para la disposición de escombros (dictamen técnico sobre acarreos páginas 3 y siguientes):

"(...) de manera atenta nos permitimos poner bajo su conocimiento la situación que se ha venido presentando con las escombreras en la ciudad de Bogotá a saber:

- a. "Escombrera Vista Hermosa: dejó de ser escombrera, actualmente funciona como cantera.*
- b. "Escombrera Urdeco: No cuenta con la totalidad de la documentación vigente.*
- c. "Escombrera Invercort: No cuenta con la totalidad de la documentación vigente.*
- d. "Escombrera Interrenos. No cuenta con la totalidad de la documentación vigente.*

- e. "Escombrera La esperanza: No cuenta con la totalidad de la documentación vigente.
- f. "Escombrera Interrenos. No cuenta con la totalidad de la documentación vigente. (Nota: aquí se repite el literal d)
- g. "Escombrera La esperanza: No cuenta con la totalidad de la documentación vigente. (Nota: aquí se repite el literal e)
- h. "Escombrera San Fernando: No cuenta con la autorización de la Alcaldía Municipal.
- i. "Escombrera La Granja: dejó de ser escombrera, actualmente funciona como cantera.
- j. "Escombrera Tequendama: No cuenta con la totalidad de la documentación vigente.
- k. "La Mara: No cuenta con la totalidad de la documentación vigente.
- l. "Ricatama: No cuenta con la totalidad de la documentación vigente.
- m. "Ricardo Moreno: No cuenta con la totalidad de la documentación vigente.
- n. "María Eugenia Carreño: No cuenta con la totalidad de la documentación vigente.
- o. "Carlos Delgado Montero: Ya se liquidó esta escombrera, dejó de funcionar.
- p. "Tecnociviles: No cuenta con la totalidad de la documentación vigente.

"Ahora bien, para este contratista es clara la importancia de velar porque los sitios de disposición de escombros que sean utilizados en desarrollo del proyecto, cuenten con todas las licencias y permisos ambientales exigidos en la normatividad legal vigente, sin embargo, como se observa de 16 escombreras que inicialmente estaban disponibles, sólo una cuenta con toda la documentación debida.

"Situación ésta, que se constituye en un hecho externo a las partes, completamente ajeno a su voluntad y que infortunadamente genera sobrecostos y la afectación de los tiempos de ejecución de las obligaciones que se encuentran a nuestro cargo

"Como se observa la única escombrera autorizada es La Fiscala, escombrera a la cual acceder es bastante difícil, en especial en época de invierno y que presenta una gran congestión, por la gran cantidad de volquetas que están en final para disponer escombros, circunstancia que a su vez genera que un viaje pueda tardar cerca de 4 horas.

"Vale la pena aclarar, que existe otra escombrera avalada por la Secretaría Distrital de Ambiente y el IDU denominada Corporación Indycate, sin embargo dicha escombrera, se encuentra ubicada en el municipio de Síbate, razón por la cual su utilización implica mayores Costos y un aumento considerable de los tiempos requeridos para realizar este tipo de actividades."

Manifestó que solo una contaba con toda la documentación debida y la otra disponible estaba situada en el Municipio de Sibaté.

Esta situación fue confirmada por la Interventoría en comunicación de 21 de septiembre de 2011 en la cual manifestó que:

“Respecto al oficio del asunto, estamos de acuerdo con el Contratista en que existe una problemática generada a partir de la disminución de escombreras disponibles para el acopio de escombros, tal como se ha manifestado por interventoría al IDU en oficios y a través de los Comités semanales.

“Es este sentido, estados de acuerdo en realizar la reevaluación de las calificaciones de disposición de escombros y plantear nuevos lugares de acopios temporales, con las medidas ambientales necesarias para mitigar los impactos negativos.”

Así mismo, agrega que desde septiembre hasta diciembre de 2010 se presentó una fuerte temporada invernal ocasionada por el Fenómeno de la Niña, que tuvo como consecuencia el cierre o limitación de otras escombreras en el área del Distrito, y por tales razones CONFASE se vio obligado a utilizar y pagar costos de transporte muy superiores a los presupuestados, por la mayor distancia a la cual tuvo que movilizar el material de la obra, con la aprobación previa de la interventoría, como medida de contingencia para garantizar la continuidad de los trabajos y la gestión ambiental (Septiembre de 2010 IML-1-172-1911-10 y mayo 10 de 2011)

En consecuencia, CONFASE elaboró un análisis de precio unitario no previsto para reflejar los mayores costos de acarreo, precio unitario que fue aprobado por la dirección técnica estratégica del IDU (Memorando No. DTE 20112150031233 de febrero 9 de 2011 aportado con los documentos que soportan el peritaje aportado por CONFASE)

En el curso del mes de febrero CONFASE por primera vez solicitó el reconocimiento y pago de los sobre acarreos de escombros, solicitud que fue reiterada mediante las comunicaciones CBF-I-1003-11 radicado IDU-20115260741542 del 22 de julio de 2011 y CBF-I-1426-11 del 10 de octubre de 2011, sin que el IDU le hubiere reconocido el mayor costo causado por

la mayor distancia de transporte a las nuevas escombreras (dictamen sobre acarreo páginas 5 y siguientes).

Esta pretensión encuentra sustento, entre otras, en las siguientes pruebas:

- Comunicación No. CBF-S-0536-10 de agosto 18 de 2010: pone en conocimiento de la interventoría la situación con las escombreras en Bogotá y formula las siguientes solicitudes:
 - Que se informe la situación al IDU, para que se adopten las medidas necesarias para que no se sigan afectando los tiempos de ejecución de la obra.
 - Dejar de calificar la acumulación de escombros en forma negativa pues la situación descrita obedece a una causa absolutamente ajena al contratista.
- Comunicación IML-1-172-1732-10: la interventoría se pronuncia sobre la comunicación anterior. Manifiesta que ya puso sobre aviso al IDU de la situación que se presentó con las escombreras.
- Comunicación CBF-S0572-10 radicado IDU 20105260288422: pone en conocimiento del IDU la situación que se presentó respecto de las escombreras en Bogotá y solicita que se gestionen las medidas necesarias para no se afecte el desarrollo del contrato.
- Comunicación IML-1-172-1911-10: la interventoría manifiesta que está de acuerdo con el contratista frente a la problemática que se presentó con las escombreras.
- Comunicación CBF-I-1552-10, radicado IDU 201052604199502: remite al IDU el análisis de precios unitarios no previstos, para su revisión y trámite. Se refiere entre otros precios unitarios a:
 - Sobre acarreo de material de excavación
- Memorando No. DTE 20112150031233, el 9 de febrero de 2011
- Comunicación IML-1-172-569-11: la interventoría remite al contratista el memorando interno No. DTE 20112150031233, por medio del cual se aprueba el nuevo precio unitario de sobreacarreo de material de excavación incluye cargue adicional con retroexcavadora.
- Comunicación CBF-I-051-11: se remiten a la interventoría los soportes y certificaciones que respaldan las cantidades de materiales dispuestos en escombreras fuera del límite original.

- Comunicación CBF-I-1003-11 radicado IDU-20115260741542: el contratista solicita a la interventoría el aval respectivo de la información que soporta la disposición de materiales de excavación en las escombreras que se encuentran en el límite del proyecto.
- Comunicación CBF-I-1426-11 del 10 de octubre de 2011: el contratista le reitera a la interventoría y solicita que se autorice el pago de la actividad por concepto de sobreacarreo de material de excavación, teniendo en cuenta que esta situación afecta la ecuación económica del contrato.

4.4.2. Análisis del Tribunal sobre la Pretensión

En el numeral 2.4.6 del pliego de condiciones se exigía al proponente presentar:

"2.4.6 PROGRAMA DE IMPLEMENTACIÓN DEL PLAN DE MANEJO AMBIENTAL (PIPMA)

"Como requisito previo a la iniciación de obras el contratista deberá presentar ante la Oficina Asesora de Gestión Ambiental del IDU, el Programa de Implementación del Plan de Manejo Ambiental (PIPMA) aprobado por la Interventoría, que garantice el cumplimiento de las actividades ambientales y sociales descritas en las FICHAS DE SEGUIMIENTO PARA LABORES AMBIENTALES Y DE GESTION SOCIAL contenidas en el ANEXO AMBIENTAL Y DE GESTION SOCIAL, así como los siguientes documentos:

- *"Diligenciar el formato de información general del PIPMA (Formato 1 de la Guía Ambiental)*
- *"Plano en planta de la obra.*
- *"Ubicación del sitio de la obra, mediante un esquema o plano (escala 1:2000) en el que se detallen las calles, carreras y componentes ambientales relevantes (parques, fuentes superficiales, ríos, quebradas, canales, humedales, colegios, hospitales, reservas o cobertura verde, zonas recreativas, etc.) involucrados en el proyecto.*
- *"Ubicación y razón social de las empresas encargadas del suministro de agregados (Canteras), concreto y asfalto. Anexar permiso ambiental expedido por la autoridad competente.*
- *"Presentar el plan de desvíos, junto con un plano o un esquema detallado de las rutas de desvío y accesos temporales mientras duran las obras en el área debidamente aprobado por la Secretaría de Movilidad.*
- *"Presentar plano detallado con las rutas destinadas al transporte tanto de insumos como de escombros y desechos.*
- *"Presentar un plano a escala 1:1000 donde se localice el*

campamento con sus diferentes zonas y que incluya la señalización del mismo.

- *“Presentar planos escala 1:1000 de cada uno de los frentes de trabajo con su correspondiente señalización y demarcación.*
- *“Presentar las recomendaciones silviculturales sugeridas para el manejo de la vegetación afectada y no afectada durante el proceso constructivo, memorias, planillas de inventario, fichas técnicas y planos de localización exacta, con respecto a la obra.*
- *“Se debe reportar las escombreras en las cuales se piensa llevar a cabo la disposición final de escombros, al igual que un plan de contingencia en el cual se prevea un segundo lugar de disposición final para cualquier eventualidad. Estos sitios deben contar con el permiso de la autoridad competente.*
- *“Presentar anexo fotográfico de los sitios objeto del proyecto, del sitio de campamento y del estado de las vías utilizadas para el ingreso de materiales y evacuación de escombros”*

La cláusula quinta del contrato incluye en las obligaciones del contratista, el tratamiento de residuos y acarreo para garantizar el manejo ambiental de la obra y el retiro de escombros a un lugar apropiado:

"m) Desarrollar todas las Labores Ambientales y de Gestión Social que sean necesarias para cumplir total y cabalmente con las obligaciones contenidas en el Apéndice respectivo de este Contrato y en la normatividad vigente.

"n) Organizar y realizar los trabajos de tal forma que los procedimientos utilizados sean compatibles con las disposiciones ambientales aplicables. Cualquier contravención a dichas disposiciones será de responsabilidad del Contratista, y por esta causa, el IDU podrá ordenar la modificación de procedimientos o la suspensión de los trabajos, sin que ello implique ampliación de los plazos contractuales ni genere compensación alguna a favor del Contratista."

El Apéndice a que se refiere la cláusula es el Apéndice E del Contrato en el cual se consagran los permisos y licencias que debe obtener el Contratista y cómo debe ser el manejo de los residuos sólidos que se generen dentro de la obra.

Específicamente la obligación del contratista respecto de permisos y licencias ambientales se consagró en los siguientes términos:

"Garantizar que sus subcontratistas, proveedores de materiales y servicios y sitios de disposición de escombros, cuenten con todas las licencias y permisos ambientales exigidos según la normatividad vigente."

En cuanto al manejo de residuos sólidos el Apéndice señala:

"Se prohíbe almacenar y/o disponer residuos sólidos cerca de los cauces de los ríos y/o vallados.

"La disposición final de todo material proveniente de las actividades de obra debe contar con la aprobación de la interventoría.

"No se deben almacenar escombros por de veinticuatro (24) horas en la obra. En caso de presentarse condiciones que impidan el cumplimiento de este ítem (cierre de escombreras, restricciones de tránsito e invierno) debe justificarse y acordarse con las Interventoría el tipo y duración del almacenamiento temporal. La Interventoría podrá suspender cuando así lo considere, los sitios de disposición temporal de escombros.

"Elaborar e implementar un programa de reciclaje de residuos sólidos (escombros y material resultante de excavaciones, residuos de fresado y demoliciones, residuos domésticos y residuos especiales), que contenga las medidas de manejo ambiental para la separación en la fuente, clasificación, almacenamiento, manejo y disposición final. El programa debe incluir las licencias y/o permisos de funcionamiento y/o movilización de los recolectores de residuos especiales, acuerdos de recolección, formatos de registro y demás documentos de soporte.

"La disposición final de todo material proveniente de las actividades de obra deberá contar con la aprobación de las Interventoría."

En consecuencia, para el cabal cumplimiento de la obligación contractual, el contratista debía informar previamente a la iniciación de las obras, los lugares que utilizaría para el manejo correcto de los escombros y revisar y garantizar que dichos sitios estuvieran debidamente habilitados con licencias y permisos vigentes, pero su obligación no se extendía a tramitar y obtener esas licencias ambientales sino a verificar que los respectivos sitios contaran con autorización.

Por tal razón, el Tribunal no comparte la afirmación de la Señora agente del Ministerio Público, en el sentido de que el contratista incumplió su deber de planeación ante la ausencia de escombreras disponibles, porque no puede atribuirse a actos u omisiones de la contratista los motivos que dieron origen al cierre de las escombreras en el curso del año 2011. Por el

contrario, el IDU no hizo manifestación alguna ni adujo incumplimiento del contratista respecto de esta obligación de manejo ambiental ni invocó esa situación para negar el pago.

La actuación del contratista de revisar la vigencia y disponibilidad de los permisos de las escombreras y de informar al IDU la falta de lugares autorizados es muestra de su diligencia y buena fe en el cumplimiento de la obligación, en los términos en que fue contraída, para garantizar el adecuado manejo ambiental. Dicha información fue además reiterada por la interventoría.

La remuneración de esta obligación había sido estimada y calculada por el contratista y en principio, está cubierta por el precio global pactado, con base en las escombreras que utilizó hasta el mes de septiembre de 2011, todas situadas a una distancia promedio de 17 kilómetros. Sin embargo, el contratista reclama en esta pretensión que el IDU le reconozca los precios unitarios que oportunamente presentó por concepto de los mayores valores en que incurrió, en la ejecución de la obligación, como consecuencia del cierre de las escombreras, en cuanto considera que, por razones ajenas a su voluntad, tuvo que incurrir en costos adicionales. Tal como se evidencia en los testimonios de Claudia Tatiana Ramos, Edgar Herrera Marciales y Valentina Botero.

En concepto del Tribunal el análisis de esta pretensión debe estudiarse frente a la denominada “ola invernal” y sus efectos en la ejecución de la obligación de acarreo de escombros, toda vez que es ésta precisamente la causa invocada por la convocante para sustentar su solicitud de reconocimiento y pago de los mayores costos.

En efecto, se ha sostenido a lo largo de este laudo que la remuneración del contratista incluía el precio global de las obras, sin que, en principio, tuviere derecho a reclamar ajustes por mayores cantidades o variación de sus costos directos o indirectos, elementos que estaban incluidos dentro del riesgo asumido por el contratista en la cláusula 8 del Contrato.

En el mismo sentido, se ha expresado que el riesgo asumido por el contratista se contrae al que se ha denominado como el riesgo normal del negocio, aquel que cualquier persona en su prudencia y diligencia está en capacidad de anticipar y estimar en su cálculo de la remuneración, con base en los elementos reales y materiales que le sirven de soporte a esa estimación y que estarían cubiertos por el rubro de imprevistos como uno de los factores de la remuneración.

Así las cosas, ese rubro contempla el pago de aquellos eventos que, si bien tienen la posibilidad de ocurrir, pudieron ser de alguna manera contemplados por el contratista porque existía la posibilidad de que ocurrieren y que están comprendidos dentro del concepto de alea normal.

El profesor Marienhoff señala que *“Alea extraordinaria o anormal es el acontecimiento que frustra o excede de todos los cálculos que las partes pudieron hacer en el momento de legalizar el contrato”* ³⁵.

Por tal razón, si ocurrieren circunstancias imprevisibles que no estuvieren estimadas por las partes porque no se consideran normales, es evidente que los efectos de esas circunstancias en los costos del contratista no dependen de un acto o hecho propio, ni de su culpa o falta de diligencia ni están comprendidos dentro del riesgo que fue asumido contractualmente y en esa medida tampoco están remunerados.

En el dictamen del experto Malagón, se describen las escombreras que hasta septiembre de 2011 utilizó CONFASE y no hay evidencia de que la contratista hubiere incumplido sus obligaciones ambientales en materia de manejo de residuos.

En el caso concreto objeto de la pretensión reclamada por el contratista, es preciso señalar que consta en el acervo probatorio recaudado³⁶ que entre los meses de septiembre a diciembre del año 2011, la convocante debía cumplir la obligación de retirar, transportar y botar los materiales y escombros de la obra con el fin de garantizar su continuidad y evitar que

³⁵ Marienhoff, Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III. Buenos Aires, Abeledo Perrot, página 524.

³⁶ Testimonio de Valentina Botero

se paralizara a causa de las lluvias y que, para ello, el IDU le había aprobado previamente unas escombreras ubicadas a una distancia previamente determinada.

Se probó también que en el curso de los mismos meses algunas de dichas escombreras fueron cerradas e inhabilitadas temporalmente, circunstancia que la convocante puso de presente oportunamente al IDU.

Consecuencia directa de esa situación fue el hecho, también demostrado, de que la convocante tuvo que acudir a lugares más distantes a botar los escombros, circunstancia que le representó unos costos adicionales a los que estaban estimados en su propuesta inicial.

En el dictamen el perito técnico incluye las cantidades de metros cuadrados de escombros que fueron transportados a cada una de las escombreras autorizadas por la interventoría y las distancias recorridas, así:

“55.800 m³ en la escombrera BBB EQUIPOS
“5.451 m³ en la escombrera CONSTRUCTORA ESPECIALIZADA TEQUENDAMA
“13.725 m³ en la escombrera INDYCATE
“Con la siguiente distancia de acarreo:

ESCOMBRERAS DURANTE EMERGENCIA INVERNAL	
CENTRO DE OBRA CARRERA 7 CALLE 26	
TRAYECTO	DISTANCIA ACARREO
CENTRO DE OBRA-BBB EQUIPOS	30,1 KILÓMETROS
CENTRO DE OBRA – CONSTRUCTORA ESPECIALIZADA TEQUENDAMA	34,9 KILÓMETROS
CENTRO DE OBRA - INDYCATE	37,0 KILÓMETROS

“Para resumir, en la siguiente tabla se establecen las mayores distancias de acarreo de materiales de excavación y otros desechos de construcción de las obras objeto del Contrato, y se calcula la respectiva mayor cantidad de metros cúbicos kilómetro (m³-km) ejecutada por el Contratista durante la temporada invernal, que asciende a 1.028.007 m³-km.

ESCOMBRERA	DISTANCIA DE ACARREO ANTES DE LA TEMPORADA INVERNAL (Km)	DISTANCIA DE ACARREO DURANTE LA TEMPORADA INVERNAL (Km)	MAYOR DISTANCIA DE ACARREO EN KILÓMETROS (Km)	CANTIDAD EN METROS CÚBICOS (m³)	MAYOR CANTIDAD DE ACARREO DE SOBANTES (m³-Km)
BBB EQUIPOS	18	30,1	12,1	55.800	675.180
CONSTRUCTORA ESPECIALIZADA TEQUENDAMA		34,9	16,9	5.451	92.122
INDYCATE		37	19	13.725	260.775
TOTAL MAYOR CANTIDAD DE ACARREO DE SOBANTES (m³-Km)					1.028.077

“5. De acuerdo con los documentos puestos a su disposición, sírvase establecer el valor del sobre-acarreo de escombros ejecutado por el Contratista debido (sic) cierre de escombreras cercanas a las obras objeto del Contrato IDU 136 de 2007, y ajuste con el ICCP y con el IPC

“El valor del mayor del mayor acarreo de escombros ejecutado por el Contratista debido al cierre de las escombreras cercanas a las obras objeto del Contrato asciende a \$1.696.905.374 liquidada en pesos de diciembre de 2007, ajustado con ICCP e indexado a junio de 2015, calculada como se explica y resume en la siguiente tabla:

ESCOMBRERA	DISTANCIA DE ACARREO ANTES DE LA TEMPORADA INVERNAL (Km)	DISTANCIA DE ACARREO DURANTE LA TEMPORADA INVERNAL (Km)	MAYOR DISTANCIA DE ACARREO EN KILÓMETROS (Km)	CANTIDAD EN METROS CÚBICOS (m³)	MAYOR CANTIDAD DE ACARREO DE SOBANTES (m³-Km)
BBB EQUIPOS	18	30,1	12,1	55.800	675.180
CONSTRUCTORA ESPECIALIZADA TEQUENDAMA		34,9	16,9	5.451	92.122
INDYCATE		37	19	13.725	260.775
TOTAL MAYOR CANTIDAD M3-Km					1.028.077
Costo Unitario CBF-I-306 Sobreacarreo de material de excavación incluye un cargue adicional con Retroexcavadora a febrero de 2011					\$1.114
Costo Unitario CBF-I-306 Sobreacarreo de material de excavación incluye un cargue adicional con Retroexcavadora a diciembre de 2007					\$1.000,45
AIU				29,54%	\$295.98
Precio Unitario CBF-I-306 Sobreacarreo de material de excavación incluye un cargue adicional con Retroexcavadora					\$1.295.93
Mayor Costo sobreacarreo material de excavación y otros sobrantes					\$1.332.363,462
AJUSTE ICCP					\$147.320.553
VALOR TOTAL CON AJUSTES A EJECUCIÓN DE OBRA					\$1.479.684.015
INDEXACIÓN CON IPC A JUNIO DE 2015					\$217.221.259
TOTAL SOBREACARREO A JUNIO DE 2015					\$\$1.696.905.374

“El valor del mayor acarreo de escombros ejecutados por el Contratista debido al cierre de las escombreras cercanas a las obras objeto del Contrato asciende a \$1.750.080.868, liquidada en pesos de diciembre de 2007, ajustado con IPC a junio de 2015, calculada como se explica y resume en la siguiente tabla:

ESCOMBRERA	DISTANCIA DE ACARREO ANTES DE LA TEMPORADA INVERNAL (Km)	DISTANCIA DE ACARREO DURANTE LA TEMPORADA INVERNAL (Km)	MAYOR DISTANCIA DE ACARREO EN KILÓMETROS (Km)	CANTIDAD EN METROS CÚBICOS (m³)	MAYOR CANTIDAD DE ACARREO DE SOBANTES (m³-Km)
BBB EQUIPOS	18	30,1	12,1	55.800	675.180
CONSTRUCTORA ESPECIALIZADA TEQUENDAMA		34,9	16,9	5.451	92.122
INDYCATE		37	19	13.725	260.775
TOTAL MAYOR CANTIDAD M3-Km					1.028.077
Costo Unitario CBF-I-306 Sobreacarreo de material de excavación incluye un cargue adicional con Retroexcavadora a febrero de 2011					\$1.114
Costo Unitario CBF-I-306 Sobreacarreo de material de excavación incluye un cargue adicional con Retroexcavadora a diciembre de 2007					\$1.000,45
AIU				29,54%	\$295.98
Precio Unitario CBF-I-306 Sobreacarreo de material de excavación incluye un cargue adicional con Retroexcavadora					\$1.295.93
Mayor Costo sobreacarreo material de excavación y otros sobrantes					\$1.332.363,462
AJUSTES IPC					\$417.717.406
VALOR TOTAL CON AJUSTES IPC A JUNIO DE 2015					\$1.750.080.868

“Para calcular este valor actualizado al 30 de junio de 2015 se tuvieron en cuenta los cálculos efectuados por la Empresa JEGA CONSULTING

HOUSE LTDA especialista en el área financiera, que acompañan el presente dictamen en un anexo denominado Informe Financiero.”

En concepto de la convocante, la causa directa que originó el cierre de las escombreras fue la ola invernal que se presentó en el país en la misma época antes mencionada, hecho que hizo más gravoso el cumplimiento de la obligación contractual.

El IDU, en sus alegatos de conclusión manifestó que la convocante omitió probar que el área de las escombreras había sido afectada por la ola invernal, porque el solo hecho de que hubiere ocurrido en el país no implica que hubiere afectado directamente el cumplimiento de la obligación del contratista.

Procede el Tribunal en consecuencia, a analizar dos aspectos básicos para despachar esta pretensión: La prueba de la ola invernal y los efectos en el cumplimiento de la obligación.

En cuanto a la ocurrencia de la denominada ola invernal que afectó al país, es preciso señalar que ésta fue reconocida por el Gobierno Nacional en distintos decretos y resoluciones³⁷ como un fenómeno natural que tuvo consecuencias adversas en las vías, cultivos y en general como un evento imprevisible y extraordinario de lluvias llamado fenómeno de La Niña y que la propia Corte Constitucional lo explicó de la siguiente manera en Sentencia C-156 de 2011:

“Este fenómeno de la Niña se caracteriza por el enfriamiento de

³⁷ Resolución 573 Declara la situación de calamidad pública en algunos Departamentos.

D. 4579/10 Declara la existencia de una situación de Desastre Nacional

D. 4580/10 Declara el estado de emergencia económica, social y ecológica. Exequible

D. 4628/10 Autoriza la negociación directa de predios afectados por el invierno o su expropiación administrativa. Exequible condicionalmente.

D. 4702/10 Crea la Gerencia del Fondo Nacional de Calamidades y promulga normas relacionadas con la contratación directa. Exequible, salvo algunas exequibilidades condicionadas y varias inexequibilidades parciales.

D. 4703/10 Autoriza el endeudamiento de la nación y expide normas sobre operaciones de crédito público. Exequible condicionalmente.

D. 4819/10 Crea el Fondo de Adaptación. Exequible condicionalmente.

D. 4830/10 Modifica el Decreto 4702 del 2010. Exequible, salvo varios condicionamientos e inconstitucionalidades parciales.

D. 4831/10 Redistribuye recursos del Fondo Nacional de Regalías. Exequible condicionalmente.

las aguas del océano pacífico tropical, cosa contraria al fenómeno del Niño que se identifica por el calentamiento de las aguas de la misma zona del pacífico. En el país, los efectos del primer fenómeno se evidencian con el aumento de las precipitaciones en gran parte del territorio nacional, en relación con el segundo Fenómeno se constatan sus consecuencias con el aumento de periodos de sequía. Ahora bien, ambos fenómenos tienen estrecha relación con el calentamiento global y con el efecto invernadero.”

El Decreto 4580 de 2010, que declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional por el término de treinta (30) días, expresó lo siguiente:

“1. Hechos sobrevinientes que constituyen grave calamidad pública:

“1.1 Que el fenómeno de la Niña desatado en todo el país, constituye un desastre natural de dimensiones extraordinarias e imprevisibles, el cual se agudizó en forma inusitada e irresistible en el mes de noviembre de 2010.

“1.2 Que la magnitud de las precipitaciones inusitadas resulta extraordinaria e imprevisible, como lo demuestran los registros del Ideam. Estos registros indican que los quince primeros días del mes de noviembre llovió más de lo que llueve en todo el mes. El nivel superó todos los registros históricos de precipitaciones para el mes de noviembre.

“1.3 Que esta agudización inusitada e imprevisible del mes de noviembre de 2010, se sumó al hecho de que durante el segundo semestre del año la lluvia ya había superado los niveles históricos registrados. Que según informe presentado por el Ideam de fecha 6 de diciembre de 2010, el Fenómeno de la Niña 2010-2011 alteró el clima nacional desde el comienzo de su formación en el mes de junio de este año, ocasionando en los meses de julio y noviembre las lluvias más intensas y abundantes nunca antes registradas en el país, en las regiones Caribe, Andina y Pacífica; además hizo que no se presentara la temporada seca de mitad de año en el norte y centro Andina. Los meses de agosto y septiembre se comportaron también con lluvias muy por encima de lo normal en la región Caribe y en el norte de la región Andina. Como consecuencia de ello, las partes baja y media de los ríos Cauca y Magdalena, así como algunos de sus afluentes, han presentado niveles nunca antes registrados en la historia de la hidrología colombiana.

“1.4 Que igualmente, de acuerdo al Índice Multivariado Enso – MEI (por sus siglas en inglés) el cual estima la intensidad del fenómeno de La Niña, el nivel de este evento durante 2010, indica que ha sido el más fuerte jamás registrado. Este fenómeno de variabilidad climática ha ocasionado además una mayor

saturación de humedad de los suelos, generando eventos extraordinarios de deslizamientos y crecientes rápidas en cuencas, ríos y quebradas de alta pendiente en la región Andina, Caribe y Pacífica.”

Adicionalmente, la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la exequibilidad del Decreto 4580 de 2010 afirmó:

“Considera esta Corte que los sucesos acaecidos a raíz del fenómeno de la Niña 2010, agudizados a partir del mes de noviembre del mismo año y con consecuencias desastrosas a nivel social, económico y ecológico –como se ha demostrado probatoriamente en esta providencia- son hecho notorio, conocido por todo el país a través de las diferentes formas sociales de comunicación. Con base en los sucesos climáticos vividos en Colombia desde mediados del año 2010 y recrudecidos desde noviembre del mismo año, no cabe duda de que son constitutivos de grave calamidad pública con inmenso impacto en el orden económico, social y ecológico; hechos desde luego imprevisibles y sobrevinientes con lo ya expuesto.”

La misma Corporación calificó el fenómeno de la Niña como un hecho imprevisible y sobreviniente en los siguientes términos:

*“8.3.1 Basado en las pruebas aportadas al proceso de constitucionalidad, esta Corte encuentra que si bien el Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales había anunciado que existía la probabilidad de que se presentara el Fenómeno de la Niña, lo cierto es que la intensidad y magnitud del fenómeno resultó ser el más fuerte si se compara con los últimos fenómenos fuertes “La Niña” anteriores (1954, 1964, 1970, 1973 y 1998). En este orden de ideas, y acorde con el material probatorio allegado, se constata que los hechos ya enunciados adquirieron carácter sobreviniente, su intensidad fue traumática, su ocurrencia fue ajena a lo que regular y cotidianamente sucede respecto de dicho fenómeno, por las siguientes razones:
/.../*

“8.3.3. Así las cosas, se puede afirmar que aunque la presencia del fenómeno de la Niña puede ser pronosticada por centro o entidades climáticas o atmosféricas, como el IDEAM, lo cierto es que la magnitud, intensidad y agudización de éste superó los registros históricos. Así pues, se verificó que el fenómeno de la Niña 2010 fue el más fuerte de los fenómenos fuertes de la Niña presentados en otros años, lo que demuestra su carácter anormal y extraordinario. Aún más, las precipitaciones sufridas en la mayor parte del país estuvieron alejadas en gran medida de aquellas que general y normalmente se presentan, acentuando el carácter sobreviniente del fenómeno. En efecto, el carácter súbito e imprevisto de la dimensión del fenómeno de la Niña 2010 trajo como resultado el crecimiento y aumento –

también extraordinario y anormal- de los niveles de los principales ríos del país, el Magdalena y el Cauca; reforzando la anormalidad de lo sucedido.”

En consecuencia, no queda duda en el panel arbitral sobre la ocurrencia del fenómeno como un hecho imprevisible que fue calificado como notorio, y que como tal, no requiere prueba adicional, porque como lo ha señalado la Corte Constitucional *“es conocido el principio jurídico de que los hechos públicos notorios están exentos de prueba por carecer ésta de relevancia cuando el juez al igual que la comunidad tiene establecido con certeza y por su simple percepción que algo, en el terreno fáctico, es de determinada forma y no de otra”*³⁸ precisamente porque han sido conocido y difundido ampliamente.

Por lo anterior, no era necesario que CONFASE acreditara específicamente que el invierno había afectado la zona de las escombreras porque el propio Gobierno al declarar la emergencia la extendió a todo el territorio nacional, sin excepción.

Si como en efecto sucedió, la causa eficiente del cierre de las escombreras fue la ola invernal y esta circunstancia imprevista hizo más gravoso el cumplimiento de la obligación contractual, es evidente que estaríamos en presencia de un hecho que encuadra dentro del concepto de alea anormal y que en esa medida las razones por las cuales el contratista tuvo que acudir a utilizar unas escombreras más distantes no obedecen a su culpa ni a su negligencia en la ejecución de la obligación ni a un error en la estimación del precio global, ni están incluidas en la remuneración pactada, por cuanto sobrepasan el riesgo asumido.

En esa medida el Tribunal encuentra probado el hecho imprevisto, la relación de causalidad con la ejecución de la obligación en condiciones más gravosas de las previstas originalmente y el daño patrimonial causado al contratista, razón por la cual accederá a la pretensión incoada por la convocante de ordenar el pago a que tiene derecho por concepto de los costos a precios unitarios que tuvo que asumir por el transporte de los escombros.

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia No. T 354-94 MP. José Gregorio Hernández

Es de advertir además, que el contratista adelantó las gestiones pertinentes de cobro con base en los precios unitarios que oportunamente presentó a consideración de la interventoría y que existe constancia de que los mismos fueron aprobados previamente (Comunicación CBF-I-1552-10, radicado IDU 201052604199502: remite al IDU el análisis de precios unitarios no previstos, para su revisión y trámite. Se refiere entre otros precios unitarios al sobre acarreo de material de excavación. Memorando No. DTE 20112150031233, el 9 de febrero de 2011. Comunicación IML-1-172-569-11: la interventoría remite al contratista el memorando interno No. DTE 20112150031233, por medio del cual se aprueba el nuevo precio unitario de sobreacarreo de material de excavación incluye cargue adicional con retroexcavadora.)

En tales circunstancias, es pertinente señalar que la conducta de la administración permite concluir que el contratista actuó con base en la confianza legítima que le había generado la entidad estatal de su derecho a obtener el reconocimiento y pago oportuno de esos precios unitarios, que le generó la mayor distancia de los sobre acarreos y, en consecuencia, en desarrollo del principio de la buena fe contractual que enmarca el cumplimiento del contrato, no podría ahora desconocer legítimamente el derecho del contratista a obtener su pago.

4.5. Las pretensiones relativas a ICCP de la Avenida Mariscal Sucre

4.5.1. Los hechos en que se fundamenta este grupo de pretensiones y las defensas formuladas respecto de ellas

La convocante solicita en la pretensión: *"Que se declare que el IDU incumplió el Contrato Adicional No. 2 al Contrato IDU-136 de 2007 de 18 de noviembre de 2009, al no reconocer ni pagar a CONFASE los ajustes a los precios unitarios de las obras ejecutadas por el contratista, las cuales, por razones ajenas y no imputables a CONFASE, se ejecutaron en el 2011 y no en el 2010 como estaba inicialmente previsto."*

Transmilenio, en su escrito de contestación a la reforma de la demanda,

presenta excepciones de mérito de carácter general y no específicamente para esta pretensión y reitera su manifestación de no ser parte sustancial en el Contrato de Obra.

El IDU por su parte considera que la pretensión persigue el cumplimiento de una obligación inexistente debido a que CONFASE no ha allegado la documentación necesaria para justificar la solicitud de pago. Sustenta su afirmación en que el Contratista debe entregar el valor de ajuste de actas parciales de obra, con los documentos que se solicitaron en la reunión del 14 de enero de 2013, para su verificación y posterior pago, una vez se haga el acta de recibo final de la obra. Además, manifiesta que a la fecha no se ha aportado por parte del contratista dicha información para su estudio y no se ha recibido la obra a satisfacción.

En su escrito mediante el cual descurre el traslado de las excepciones, la convocante sostiene que se atenderá a lo dispuesto en el Acta de la reunión del 14 de enero de 2013 y a la interpretación que pueda darle el Tribunal a dicho documento.

Los hechos que sirven de sustento a la pretensión consisten fundamentalmente en la celebración del Contrato Adicional No. 2, el 18 de noviembre de 2009, mediante el cual se adicionó el Contrato IDU 136 de 2007 en la suma de \$8.000'000.000 para ejecutar, por el sistema de precios unitarios, las obras complementarias para la rehabilitación de la Av. Mariscal Sucre: carrera 22 entre calle 22 y 24 y carrera 20 entre calle 22 y calle 26.

El plazo inicial que se acordó para ejecutar la obra objeto del contrato fue de 6 meses a partir de la fecha de firma del acta de inicio, la cual fue suscrita por las partes el 19 de abril de 2010. (Acta No. 26 del Contrato).

La suscripción de las actas de suspensión del contrato, el plazo y las causas de las suspensiones se detallan en el siguiente cuadro:

ACTA DE SUSPENSIÓN No.	FECHA DE SUSCRIPCIÓN	DURACIÓN	FECHA DE INICIO	FECHA DE TERMINACIÓN	CAUSAS DE LA SUSPENSIÓN
40	11-10-2010	20	14-10-2010	03-11-2010	• Durante la ejecución se han presentado una serie de

					<p>circunstancias especiales ajenas a la voluntad de las partes y por mutuo acuerdo se suspende el contrato adicional nro. 2 por 20 días, a partir del 14 de octubre.</p> <ul style="list-style-type: none"> Auscultación de redes existentes para evaluar su estado y determinar alcance de la intervención, lo que implica coordinar con las empresas de servicios. La interventoría valoró, analizó y conceptuó que el plazo del contrato debe ser prorrogado por tres meses. Necesidad de realizar ajustes al trazado de los bordes de vía, con el fin de evitar interferencias entre las redes y el corredor vial diseñado. Que en cambo se confirmó la existencia de interferencias entre los diseños originales y las redes existentes, lo que generó ajustes al diseño. Interferencias con las redes de ETB y Codensa. Necesidad de coordinación especial para implementar planes de manejo de tránsito requeridos en desarrollo del proyecto
40A	03-11-2010 Ampliación suspensión	89	04-11-2010	01-02-2011	<ul style="list-style-type: none"> En atención a la necesidad de la coordinación especial, se señala que la intervención del Av. Mariscal Sucre implica la intervención de las intersecciones de la calle 22 y 24 con cra. 20 las cuales vienen siendo utilizadas como desvío de tráfico con ocasión de la adecuación de la calle 26 Fase III; así mismo, se tiene contemplado para los próximos tres meses, la intervención de la cra. 24 entre calle 19 y 26 con ocasión de la ejecución de los trabajos derivados del contrato del distrito de conservación.
40B	01-02-2011 Ampliación suspensión	71	01-02-2011	13-04-2011	<ul style="list-style-type: none"> No se han superado las causas de la suspensión del acta 40A. En razón a que los resultados de las causas establecidas en la suspensión arrojarían la necesidad de introducir variaciones en el contrato, se consultará a la Subdirección Jurídica acerca de la aplicabilidad de modificar el contrato de interventoría en razón a las actividades detectadas y que deben ser objeto de control y vigilancia.
Acta 40C	13-04-2011	40	13-04-2011	23-05-2011	<ul style="list-style-type: none"> La suspensión del adicional No. 2, afectó igualmente la ejecución del adicional 1 del contrato de interventoría 172-2007 y considerando que no es viable la adición del contrato de interventoría, na vez se reinicie el contrato adicional, la interventoría hará entrega del contrato durante el plazo pendiente de ejecución (5 días) al IDU.
Acta 40D	23-05-2011	15	23-05-2011	07-06-2011	<ul style="list-style-type: none"> La suspensión del adicional 2, afectó igualmente la ejecución del adicional 1 del contrato de interventoría 172-2007 y considerando que no es viable

					la adición del contrato de interventoría, una vez se reinicie el contrato adicional, la interventoría hará entrega del contrato durante el plazo pendiente de ejecución (5 días) el IDU. Para dicha entrega, se tendrá como referencia el informe final de actividades remitido por la interventoría. Una vez transcurrido el plazo pendiente, se procederá a la suscripción del acta de terminación del contrato de interventoría.
56A	07-06-2011	24	07-06-2011	01-07-2011	<ul style="list-style-type: none">La suspensión del adicional 2, afecto igualmente la ejecución del adicional 1 del contrato de interventoría 172-2007 y consideramos que no es viable la adición del contrato de interventoría, una vez se reinicie el contrato adicional, la interventoría hará entrega del contrato durante el plazo pendiente de ejecución (5 días) el IDU. Para dicha entrega, se tendrá como referencia el informe final de actividades remitido por la interventoría. Una vez transcurrido el plazo pendiente, se procederá a la suscripción del acta de terminación del contrato de interventoría.

La convocante le solicitó al IDU que le reconociera los ajustes de los precios unitarios inicialmente pactados, debido al cambio en la vigencia de ejecución del contrato, por los efectos de la variación de precios entre el año 2010 y el año 2011.

Como soporte de la pretensión, la convocante aporta las copias de las actas de inicio y de las actas de suspensión, así como las comunicaciones cruzadas entre las partes en relación con el presupuesto inicial y la ejecución de la obra.³⁹

En el dictamen pericial aportado por la Convocante el experto manifiesta:

³⁹ Contrato Adicional No. 2, Acta No. 26 de inicio de obra, Acta de suspensión No. 40, Acta de suspensión No. 40 A, Acta de suspensión No. 40B, Acta de suspensión No. 40C, Acta de suspensión No. 40D ,Acta de suspensión No. 56 A, Acta de la reunión del 14 de enero de 2013 (no está en los archivos digitales y en la contestación afirman que la anexaron)Comunicación en la cual hace entrega del presupuesto de obra, CBF-MSI-0009-10 y radicado IDU No. 033044 del 28 de abril de 2010, por medio de la cual el contratista hace entrega del presupuesto de obra, y solicita la inclusión de una fórmula de ajuste, CBF-I-1142-10 y radicado IDU No. 20105260192512 del 9 de agosto de 2010, por medio de la cual el contratista hace entrega del presupuesto de obra, y no incluye el rubro de ajuste, CBF-I-1051-12 y radicado IDU No.20125260446342 del 30 de julio de 2012, por medio de la cual el contratista hace entrega del acta de ajuste del acta parcial 1 a la 13 del Contrato Adicional 1.

“2. Determine con los documentos pertinentes, la vigencia fiscal en la que debía ejecutarse y terminar la construcción de las obras complementarias objeto del Contrato Adicional No. 2 al Contrato IDU 136 de 2007.

“Como se mostró en las anteriores respuestas, el Contrato Adicional No. 2 se suscribió el 18 de noviembre de 2009, la respectiva Acta de Inicio se suscribió el 19 de abril de 2010 y su plazo inicialmente previsto era seis (6) meses, de donde se sigue documentalmente que la fecha inicialmente prevista para su terminación era el 18 de octubre de 2010.

“Por tanto, teniendo en cuenta que la respectiva Acta de Inicio se suscribió el 19 de abril de 2010, considero, ateniéndome a tales documentos, que según lo inicialmente previsto el Contrato Adicional No. 2 debía ser ejecutado durante la vigencia fiscal del año 2010.

/.../

“4. Con base en sus anteriores respuestas y con las actas de obra suscrita en desarrollo del Contrato Adicional No. 2 al Contrato IDU 136 de 2007, sírvase establecer si el ICCP varió del año 2010 a 2011. En caso positivo, sírvase calcular el valor de los ajustes de precios unitarios correspondiente el cambio de vigencia 2010-2011

“Si, como se verá a continuación, el ICCP, varió del año 2010 a 2011, por tanto, con base en las actas de obra suscritas en desarrollo del Contrato Adicional No. 2 al Contrato IDU 136 de 2007, el valor de los ajustes de precios unitarios correspondiente al cambio de vigencia 2010-2011 asciende a la suma de \$548.153.853 liquidada en pesos de diciembre de 2014 como sigue:

“A partir de las actas de obra ejecutada durante el año 2011 en desarrollo del Contrato Adicional No. 2, se establece el valor mensual facturado y, a partir de los reportes del DANE, se establece el índice ICCP total correspondiente al mes de ejecución de respectivas (sic) las obras.

“El valor de ajuste se establece mediante la división de (i) el ICCP total del mes en que se ejecutaron las obras (según las mencionadas actas), entre (ii) el ICCP total del mes origen del Contrato Adicional N° 2 al Contrato IDU 136 de 2007, es decir, noviembre de 2009.

“Conforme se ve en la siguiente tabla, el ICCP varió en el año 2011 respecto del 2010, así:

ACTA NRO.	FECHA	Fact No.	ICCP Mes Base	ICCP Mes Ejecución	Costo Directo al Mes de Ejecución	Ajustes ICCP
ACTA N° 6	jul-11	Fact No. 0283	121,18	130,39	\$ 211.673.568	\$ 16.087.750

ACTA N° 5	ago-11	Fact No. 0256	<u>121,18</u>	<u>131,08</u>	\$ 595.965.996	\$ 48.688.425
ACTA N° 7	ago-11	Fact No. 0290	<u>121,18</u>	<u>131,08</u>	\$ 2.250.604.755	\$ 183.866.868
ACTA N° 8	sep-11	Fact No. 0292	<u>121,18</u>	<u>131,30</u>	\$ 877.772.881	\$ 73.304.684
ACTA N° 9	oct-11	Fact No. 0330	<u>121,18</u>	<u>131,79</u>	\$ 326.712.155	\$ 28.605.512
ACTA N° 10	oct-11	Fact No. 0329	<u>121,18</u>	<u>131,79</u>	\$ 326.405.782	\$ 28.578.687
ACTA N° 11	nov-11	Fact No. 0416	<u>121,18</u>	<u>132,29</u>	\$ 118.679.299	\$ 10.880.731
ACTA N° 12	nov-11	Fact No. 0417	<u>121,18</u>	<u>132,29</u>	\$ 281.586.345	\$ 25.816.342
ACTA N° 13	dic-11	Fact No. 0418	<u>121,18</u>	<u>132,47</u>	\$ 258.376.212	\$ 24.072.185
ACTA N° 14	ene-12	Fact No. 0580	<u>121,18</u>	<u>134,72</u>	\$ 568.720.713	\$ 63.545.787
TOTALES					\$7.489.881.667	\$ 503.446.972
AJUSTE IPC A JUNIO 2015						\$ 62.915.480
TOTAL Mariscal Sucre a Jun 2015						\$ 566.362.451

Como sustento de los hechos narrados el Tribunal tuvo en cuenta, entre otras las siguientes pruebas:

- Contrato Adicional No. 2
- Acta No. 26 inicio de obras para el Adicional No. 2
- Acta No. 40: suspende el contrato adicional No. 2 por 20 días.
- Acta No. 40 A: suspende el contrato adicional No. 2 por 89 días.
- Acta No. 40 B: suspende el contrato adicional No. 2 por 71 días.
- Acta No. 40 C: suspende el contrato adicional No. 2 por 40 días.
- Acta No. 40 D: suspende el contrato adicional No. 2 por 15 días.
- Acta No. 56 A: suspende el contrato adicional No. 2 por 24 días
- Comunicación CBF-I-1143-10: formula a la interventoría una solicitud de ampliación del plazo del Contrato Adicional No. 2
- CBF-I-1670-09: incluye la lista de precios unitarios, el IDU la asimila al presupuesto de obra.
- CBF-MSI-0009-10: entrega el presupuesto de obra definitivo y solicita la inclusión de una fórmula de ajuste.
- CBF-I-1142-10: presenta el presupuesto estimado aplicable al Adicional No. 2, ajustado de acuerdo al alcance definido por el IDU y al límite acordado por las partes, siguiendo los lineamientos dados por la interventoría.
- CBF-I-1051-12: el contratista hace entrega del acta de ajuste No. 1, correspondiente a los ajustes por variación de precios unitarios de acuerdo al ICCP, para las actas de recibo parcial facturadas en el proyecto (del acta 1 al acta 13)
- Actas de entrega parcial de obra

4.5.2. Análisis de esta pretensión por parte del Tribunal:

El Contrato Adicional No. 2 se suscribió entre las partes, en desarrollo de su autonomía de la voluntad y dentro de los límites previstos en el artículo 40 de la ley 80 de 1993, respecto del monto de los contratos adicionales. En sus considerandos, las partes dejan constancia de la necesidad de suscribir este Contrato para la realización de la obra denominada Avenida Mariscal Sucre, por su relación directa y complementaria con las obras del Contrato 136 vigente entre las partes.

Se convino que la remuneración a favor del Contratista sería calculada y liquidada con base en los precios unitarios que fueron oportunamente presentados por él y se contempló adicionalmente, que la obra iniciaría en el curso del año 2010 para prolongarse en el tiempo durante 6 meses, que calculados desde la fecha del acta de inicio, se cumplirían el 19 de octubre del mismo año.

En el desarrollo de la ejecución contractual, las partes encontraron una serie de hechos y situaciones ajenos a su control que impidieron la ejecución en los plazos inicialmente convenidos, circunstancias que, según está probado con las respectivas actas, dieron origen a la suspensión y se invocaron como causa de la imposibilidad de cumplir en los plazos pactados.

Según el cuadro antes transcrito, consta que en total la suspensión se extendió durante 259 días, circunstancia que en concepto del contratista, le genera un perjuicio como consecuencia del desfase de precios entre aquellos que fueron inicialmente previstos en el presupuesto y los que tuvo que pagar realmente un año después, ya afectados con la variación del IPPC del año siguiente.

En concepto del Tribunal, al celebrar el Contrato Adicional No. 2 al Contrato 136, las partes convinieron tanto la remuneración como el plazo de ejecución de las obras, elementos que están directamente relacionados entre sí, en cuanto la estimación inicial del contratista se elabora con base en unos precios básicos y en función al término de

ejecución del contrato, con base en los factores que considera determinantes para ejecutar las prestaciones a su cargo.

En consecuencia, las características del Contrato Adicional No. 2 no son diferentes a las del Contrato 136 en cuanto a su carácter conmutativo y debe interpretarse igualmente su clausulado en el sentido de entender que la remuneración a precio unitario equivale a la retribución por las obras ejecutadas en los términos, plazos y condiciones en que fue celebrado el contrato y expresada la voluntad de las partes.

En efecto, en el Contrato 136 el Contratista asume íntegramente el riesgo de construcción, incluidas las variaciones en los precios de mercado de los ítems, materiales, mano de obra, equipos, transporte, honorarios y en general de todo lo necesario para las Obras de construcción. Sin embargo, tal y como se ha expresado en apartes anteriores del laudo, cuandoquiera que en un contrato de ejecución sucesiva como consecuencia de circunstancias imprevistas e imprevisibles y ajenas a la voluntad de las partes, se haga más onerosa la ejecución de la obligación de una de ellas, la otra parte está en la obligación de reconocerle los mayores costos en los que incurrió.

En tratándose de precios unitarios, en contratos cuya ejecución se extiende en el tiempo, ha sido reconocida la práctica de pactar contractualmente una fórmula de reajuste de precios en la cual se consagran los factores, las fórmulas y la periodicidad en que las partes revisarán los precios unitarios, para mantener actualizado el contrato y conservar su equilibrio financiero, como lo exige la ley. Sin embargo, también ha sido manifiesta la jurisprudencia en sostener que la ausencia de dichas cláusulas de ajuste o cuando una vez aplicadas, éstas no son suficientes para restablecer el equilibrio, el contratista no pierde su derecho ni renuncia a reclamar o hacer valer su derecho a obtener dicho restablecimiento conforme a las preceptivas numeral 8 artículo 4 de la ley 80 de 1993 en cuyo texto se consagran los derechos y deberes de las entidades Estatales en los siguientes términos:

“Artículo 4, Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

/.../

“8. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste o revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios”

Según se acreditó en el proceso, las obras que debían ejecutarse en el año 2010 se adelantaron con 259 días de retraso en el año 2011 y las circunstancias que dan origen a las diversas suspensiones que fueron pactadas entre las partes, y que causaron esa demora no son imputables al contratista, circunstancia que en concepto del Tribunal y con base en los presupuestos legales de los artículos 4 y 5 de la ley 80 de 1993 le otorgan el derecho al particular de solicitar que se le reconozcan precios equivalentes a los que se estimaron a la fecha de presentación de la oferta y hasta la terminación de la obra.

En consecuencia, como el contratista había incluido en su propuesta inicial precios que contemplaban una ejecución de seis meses durante el año 2010, la variación de precios a que tendría derecho sería únicamente a partir de los precios afectados con el IPCC para el año 2011, conforme a los costos de ejecución durante ese año, para restablecer el contrato a las condiciones económicas en que se celebró.

El Tribunal encuentra que el IDU tanto en la contestación a la reforma a la demanda como en sus alegatos de conclusión, reconoce expresamente la existencia de la obligación a su cargo y a favor del contratista, aunque no su monto, pero sustenta su decisión de no pago no en la falta de unos documentos que le fueron exigidos al convocante conforme a lo acordado en la reunión celebrada el 14 de enero de 2013.

Adicionalmente, el IDU no objeta ni los montos ni la naturaleza de la obligación reclamada que fueron incluidos por el perito en su dictamen ni acredita que se hubieren efectuado pagos destinados a cubrir esta obligación.

Por los anteriores motivos, para el Tribunal están suficientemente probadas las suspensiones que dieron origen a la mayor duración del contrato adicional No. 2 frente al plazo inicialmente pactado, las causas ajenas a la actuación del contratista por las cuales se suspendió el adicional y la relación de causalidad entre la extensión del plazo en 259 días y los mayores costos en que incurrió el contratista por la variación de los precios a partir del año 2011.

En consecuencia, se concluye que el IDU incumplió con la obligación de reconocer y pagar oportunamente al contratista los montos correspondientes a los mayores costos en la ejecución del Contrato Adicional No. 2

Como quiera que los hechos anteriores encuadran en el supuesto normativo de los artículos 4 y 27 de la ley 80 de 1993 el Tribunal accederá a la pretensión.

4.6. Las pretensiones relativas a la mayor permanencia

4.6.1. Los hechos en que se fundamenta este grupo de pretensiones y las defensas formuladas respecto de ellas

Formula en su demanda la sociedad convocante la siguiente pretensión:

“Que se declare que el IDU incumplió el contrato IDU-136 de 2007, al no reconocer ni pagar a Confase los costos en que ella misma incurrió en el periodo comprendido entre el 31 de octubre de 2012 y el 10 de julio de 2013, equivalentes a ocho (8) meses y diez (10) días (252 días)”

La sociedad accionante, en su demanda reformada de 12 de agosto del 2015, considera que la no terminación de dicho contrato el 31 de octubre de 2012, por causas que no le son imputables, impuso no sólo una nueva ampliación del plazo, sino que comprometió, en principio, la responsabilidad del IDU por mayor permanencia.

Alega igualmente que esa mayor permanencia le produjo perjuicios

estimados en \$ 9.597.027.031, más ajustes e indexación hasta la fecha del pago.

Por su lado, el IDU, en el escrito de contestación de la demanda, considera que no existen los elementos que estructuren una mayor permanencia durante el período del 1 de noviembre de 2012 a 10 de julio de 2013 ya que para el efecto no acreditó la demandante, en forma plena, que esa mayor permanencia se produjo por hechos imprevisibles que no le eran imputables ni que la misma generó una alteración grave en la economía del contrato.

Anota, además, que CONFASE no cumplió la totalidad de los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado para ese reconocimiento y que tampoco fueron demostrados los sobre-costos que dijo sufrir la citada sociedad.

Para Transmilenio la pretensión carece de fundamentos jurídicos y fácticos, pues la empresa no tiene la calidad de parte en sentido sustancial, lo que la exime de toda responsabilidad en la ejecución del contrato 136 del 2007.

Advierte además, de entrada, que la mayor permanencia reclamada en el primer proceso hasta el 30 de octubre de 2012, ya es cosa juzgada, tal como se desprende del laudo del 10 de febrero de 2015, dictado en proceso surtido entre las mismas partes, en torno al contrato 136 y en desarrollo de la misma controversia contractual.

No obstante lo anterior, la mayor permanencia reclamada en la pretensión 8ª del proceso que aquí se decide, por el periodo de 1 de noviembre de 2012 a julio 10 de 2013, no coincide con la reclamación del primer proceso y por ende, será decidida en esta oportunidad por no quedar cubierta con la cosa juzgada.

4.6.2. Consideraciones del Tribunal

Considera el Tribunal, en torno a la pretensión formulada, que ésta puede

ser causa de perjuicios cuando se produce la mayor permanencia y ésta no se le puede imputar al contratista. Pero si el contratista es el causante directo de esa mayor permanencia, por su culpa o negligencia, nada podrá reclamar, ya que incumplió las obligaciones contraídas en virtud del contrato y comprometió su responsabilidad contractual. Pero si es la entidad contratante la que incumple, pese al allanamiento a cumplir del contratista, será aquella la responsable y lo deberá indemnizar. Asimismo, si se dieron durante la ejecución del contrato circunstancias constitutivas de fuerza mayor o caso fortuito, no imputables al contratista, que impidieron total o parcialmente la ejecución del contrato, el riesgo estará a cargo de la entidad pública, tal como se desprende de la cláusula 8ª del contrato 136, que distribuye los riesgos a cargo de las partes contratantes. Se entiende, claro está, si los hechos constitutivos de esa fuerza mayor se demostraron adecuadamente.

Cabe precisar que para que se produzca la mayor permanencia en obra se requiere, tal como lo sostiene el Consejo de Estado en su sentencia de 29 de octubre de 2012 (proceso 21429), que sea consecuencia *“del incumplimiento de obligaciones o deberes de la entidad contratante o de hechos externos a las partes configurativos de fuerza mayor o caso fortuito que impiden la ejecución temporal del negocio jurídico, sea que implique unas mayores cantidades de obra u obras adicionales que puede llegar a traumatizar la economía del contrato, en tanto afecten el precio debido (...); situación que da lugar a la reparación de los perjuicios que se le causen, siempre y cuando se acrediten y estén debidamente demostrados, o llevarlo a un punto de no pérdida, según el caso.”*

Tal como se sostiene en el laudo antecitado de 10 de febrero de 2015, el elemento definitivo para dicho reconocimiento está ligado a la imputabilidad de los hechos o circunstancias que dieron origen al mismo; de tal manera que, en primer lugar, la entidad contratante, con sujeción a la cláusula 8ª sobre asunción de riesgos pactada en el contrato, será responsable cuando dicha permanencia se deba a fuerza mayor no imputable al contratista y que éste, entre otros, asume los riesgos de construcción referidos a la probabilidad de que el monto y la oportunidad del costo de la inversión no sean los previstos.

Se precisa así que esa imputación de mayor permanencia también podrá resultar de los propios incumplimientos de la entidad pública, pese a que el contratista haya cumplido o se allane a cumplir.

Para corroborar lo expuesto se transcriben nuevamente, en lo pertinente, tanto la cláusula 8ª del contrato 136 que define los riesgos que deben soportar las partes, como la 24, referida a ese mismo asunto. Así:

“Cláusula 8. Riesgos

“8.1 riesgos que asume el contratista.

Considerando que el presente contrato implica para el contratista obligaciones de resultado, las que se concretan en la terminación cabal y completa de las obras que corresponden al objeto del mismo, el contratista asume los riesgos normales que se presentan durante la ejecución y desarrollo de éste, en especial las (sic) que provienen de ser un contrato de obra a precio global, con excepción de los aspectos taxativos en donde se ha definido que se pagarán precios unitarios.”

“Entre otros, el contratista asumirá los siguientes riesgos:

a) Riesgos de construcción: se refiere a la probabilidad que el monto y la oportunidad del costo de la inversión no sean los previstos.

“(…) Plazo: Sucede cuando la obra se realice en un tiempo distinto al inicialmente previsto por causas imputables al contratista

“8.2 Riesgos que asumen IDU y Transmilenio

“a) Riesgos de construcción

“Plazo: costos por mayor permanencia cuando se presenten hechos de fuerza mayor no imputables al contratista.”(se destaca)

“CLAUSULA 24. FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO

Las partes quedarán exentas de toda responsabilidad por cualquier demora en la ejecución de las obligaciones emanadas de este Contrato, cuando con la debida comprobación, se concluya que la demora es el resultado de hechos que puedan ser definidos como Fuerza Mayor o Caso Fortuito al tenor de lo dispuesto en el art 1 de la ley 95 de 1890.

La demora en el cumplimiento de cualquier subcontratista, no se considerará, por si sola, evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito, ni tampoco será considerada como hecho de un tercero que exima de responsabilidad, a menos que la existencia de dicha circunstancia sea el resultado de un evento de Fuerza Mayor o Caso Fortuito.

“24.1. Prórroga Suspensión por Fuerza Mayor o Caso Fortuito

“Mientras subsistan las circunstancias de Fuerza Mayor o Caso Fortuito, definidas en la ley 95 de 1890, y éstas impidan la ejecución total del objeto contratado, el plazo del Contrato será

suspendido o extendido por mutuo acuerdo en un plazo igual al de la Fuerza Mayor o Caso Fortuito. (Lo destacado fuera de los textos)

Se observa que entre lo estipulado en esta cláusula 24 y el numeral 2 de la 8ª, existe una diferencia, ya que mientras aquella señala, en forma general, que las partes están exentas de responsabilidad cuando la mayor permanencia sea causada por fuerza mayor, la última indica, para el caso particular, que la entidad será responsable cuando esa mayor permanencia sea producida por fuerza mayor no imputable al contratista.

Este Tribunal comparte asimismo las razones que se expresan en el laudo citado atrás, sobre la misma inquietud, contradicción que debe superarse aplicando las reglas de interpretación de los contratos (artículos 1618 y siguientes del código civil) referentes al efecto útil de las cláusulas contractuales (art 1620), así como el de la preferencia de la regla especial (art 1619); y, por lo tanto, debe entenderse que prevalecerán las previsiones establecidas en la primera disposición contractual. (Laudo citado a folio 94 y siguientes)

En este último evento cuando se produzca el fenómeno de la fuerza mayor, en la forma indicada, el plazo deberá o suspenderse o extenderse de común acuerdo por un término similar al de la duración del fenómeno indicado.

Todo lo precedente sirve para definir la vocación de prosperidad que pueda tener la pretensión relacionada con la mayor permanencia en obra, en el periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 2012 y el 10 de julio de 2013. No se hace referencia al 31 de octubre de aquel año porque hasta ésta última fecha el laudo inicial tiene fuerza de cosa juzgada.

Hechas las consideraciones precedentes se pasa a definir si resultaron probados los presupuestos señalados en la jurisprudencia para la prosperidad de lo reclamado por el concepto aquí estudiado, con las precisiones señaladas.

Se advierte, en primer lugar, que lo que aquí se decide por concepto de esa mayor permanencia, sólo podrá tener en cuenta lo sucedido durante la ejecución de las prórrogas y adiciones contractuales convenidas a partir del 1 de noviembre de ese año; vale decir, como si el plazo contractual se hubiera iniciado en esa fecha.

Las razones para que proceda ese reconocimiento por mayor permanencia aparecen enunciadas en la sentencia del Consejo de Estado antecitada, que le sirvió de fundamento al laudo de 10 de febrero de 2015 que decidió la primera demanda de CONFASE. De dicha sentencia se infiere que para que proceda ese reclamo deberá acreditarse plenamente:

1) que la prolongación del plazo pactado excede al inicialmente convenido; 2) que dicha prolongación se deba a circunstancias ajenas o imprevistas no imputables al contratista; 3) que ese mayor plazo cause una alteración grave en el equilibrio o ecuación financiera del contrato, que exceda el alea normal que éste debía soportar; 4) que la mencionada alteración no haya sido cubierta o compensada con la remuneración de las obras adicionales, ni con el reajuste de precios ni con el componente de imprevistos del AIU convenido; 5) **que si al celebrarse la prórroga del contrato o el adicional, no se reconocieron la totalidad de los perjuicios causados por la mayor permanencia, y el contratista no dejó a tiempo los reclamos correspondientes.**

Este Tribunal no comparte la línea jurisprudencial que se deja reseñada, en especial en cuanto hace referencia al requisito destacado, y al hacerlo se separa de la misma y opta por acoger los argumentos que fueron expuestos en el salvamento del voto al laudo que antecedió a este Tribunal porque coincide respetuosamente en considerar que la postura mayoritaria no solo restringe el derecho de acción con una supuesta renuncia tácita, sino porque le da un manejo no ortodoxo a la caducidad de las controversias contractuales, regulada en el art 164, numeral 2, literal j de la ley 1437.

Efectivamente, tal como se observa en el laudo citado atrás, se denegó la

pretensión aquí formulada, cuando en su parte resolutive dispone la *“inexistencia de mayor permanencia en obra” en los términos y por las razones expuestas en la parte motiva*”

En dicho laudo se hace un amplio análisis, en su acápite 4.1.5, de las pretensiones relacionadas con dicha mayor permanencia en obra, desde el 17 de julio del 2010 (finalización de la etapa de construcción señalada en el contrato¹³⁶) hasta el 30 de octubre de 2012, para un total de 27.5 meses.

Pues bien. El Tribunal, con todo respeto, considera que si bien el laudo anterior está apoyado en la citada jurisprudencia del Consejo de Estado, su discrepancia radica primordialmente en el alcance que, tanto en el laudo como en alguna jurisprudencia de dicho organismo, se le daba al mencionado numeral 5 de las razones o requisitos para que la pretensión por mayor permanencia fuera viable.

Se estima que las prórrogas y los contratos adicionales comprometen la responsabilidad de las partes contratantes, máxime cuando se suscriben de común acuerdo y sin salvedad o reparo alguno. Así, si el contratista formula salvedades, por concepto de perjuicios, por ejemplo, surgen estas opciones: a) el contratista las propone y la entidad las acepta y las incorpora al nuevo negocio jurídico, que suscriben de común acuerdo, no podrá revivirse el debate con posterioridad, ya que lo acordado es ley para las partes. b) el contratista hace reclamos antes de suscribir la prórroga o las adiciones y la entidad no las acepta, podrán acudir las partes a uno de los mecanismos de arreglo directo consagrados en la cláusula 21 del contrato, cuya decisión será obligatoria y tendrá el efecto de cosa juzgada. c) al tiempo de suscribir las adiciones o modificaciones no era previsible el perjuicio y, en consecuencia, no se regulan sus consecuencias en los documentos contractuales de modificación o adición o éstos documentos no regulan íntegramente las consecuencias de esa mayor permanencia.

Pero también y esto es relevante para lo que aquí se resuelve, si el contratista guarda silencio sobre los posibles perjuicios o reclamos, no

pierde la posibilidad de hacerlos a la terminación del contrato o su liquidación, dentro del término de caducidad de la acción contractual mencionado atrás, porque ese silencio no puede interpretarse como una renuncia a un derecho de contenido patrimonial del contratista, que la propia ley protege al regular el derecho a mantener el equilibrio económico del contrato.

En este sentido, el Tribunal acoge el siguiente párrafo del salvamento de voto del árbitro William Namén por considerar que refleja su pensamiento sobre el punto:

*“En consonancia con lo anterior, **la celebración de un acuerdo entre el contratista y la entidad estatal sobre la suspensión o la prórroga del contrato**, no la exime del deber de indemnizar los posibles sobrecostos imputables a su conducta e incurridos por el contratista **ni priva a éste del derecho a reclamarlos cuando haya lugar a los mismos y se demuestren dentro del proceso. Luego, el acuerdo de las partes sobre la suspensión del contrato o la extensión de su plazo, simplemente constituye una herramienta para regular los efectos de la suspensión, pero no supone una renuncia tácita del derecho que le asiste al contratista respecto del reconocimiento de los sobrecostos en que haya podido incurrir como consecuencia de su mayor permanencia en obra. Cualquier renuncia en este sentido deberá ser clara y expresa.***

“Cuando quiera que las partes no hayan acordado los términos y el alcance de las suspensiones, deberá identificarse la causa de la misma y su imputación, a efectos de definir si hay lugar o no al reconocimiento de mayores costos y el monto de los mismos. En estas hipótesis la procedencia del derecho, está sujeta al análisis de las causas de la mayor permanencia y, en particular, a su imputación a la entidad contratante, bajo la perspectiva de que el contratista no tiene el deber de soportar las pérdidas ni los gastos incurridos, salvo que los haya asumido expresamente mediante una estipulación negocial a propósito, se hayan excluido por las partes o le sean imputables. Aún, la jurisprudencia del contencioso, reconoce este derecho en repudio al enriquecimiento injustificado y en preservación del equilibrio de las relaciones contractuales.”⁴⁰

Se destaca en el párrafo precedente la razón por la cual la decisión de este Tribunal se aparta de una posición de la jurisprudencia que le sirvió de fundamento al laudo antecitado para denegar el reclamo por mayor permanencia. en cuanto sobre este punto dicha jurisprudencia no ha sido

⁴⁰ Salvamento de Voto William Namén

ni siquiera uniforme (tal como se observa entre otros en los fallos de 2 de octubre de 2003, 9 de mayo de 1996, 16 de mayo de 1995, de 18 de abril de 1997 (auto)).

Ahora bien, en concepto de este panel arbitral, tanto la jurisprudencia del Consejo del Estado como el laudo mencionado desconocen no sólo las normas de orden público que regulan el derecho al restablecimiento del equilibrio económico y la caducidad propia de las controversias contractuales, sino que le dan un equivocado alcance a la cláusula 21 del contrato 136, que contempla los mecanismos de solución alternativa de tales controversias.

Cabe afirmar que durante la celebración, ejecución y cumplimiento de todo contrato estatal, pueden producirse conflictos o diferencias de diversa índole, cuya fuente puede estar en el contrato mismo (por ejemplo, las acciones de nulidad absoluta o relativa); en los hechos de ejecución y cumplimiento del objeto contractual (acciones de responsabilidad o de cumplimiento); y en los actos contractuales que expida la administración en desarrollo de sus poderes de excepción.

En este orden de ideas, frente al caso subjudice, se insiste en la segunda de las citadas fuentes. Así: si durante la ejecución del objeto contractual surgen discrepancias entre las partes, el citado contrato 136 contempla mecanismos de arreglo directo o a través de un Comité de Convivencia o de un arbitraje, con miras a salvar los obstáculos que entorpecen el desarrollo del contrato o a zanjar las diferencias que se presenten durante la ejecución y que puedan impedir su desarrollo y dar al traste con el mismo.

Pero se destaca, en primer término, **que esas vías no son obligatorias en ese momento para las partes**. Por eso, si se ejercen y se decide el conflicto, ese arreglo produce cosa juzgada y posteriormente no se podrá revivir el debate. Pero si no se ejercen las vías de arreglo directo durante la ejecución del contrato, y se guarda silencio, éste silencio no puede asimilarse a una conducta contraria a la buena fe contractual, ni pasa absolutamente nada para los intereses de las partes que se sientan

afectadas con el presunto incumplimiento de la contraparte, ya que al terminar el contrato en su etapa de liquidación o dentro del plazo de caducidad de la acción contractual, podrán acudir al juez del contrato (el administrativo o el arbitral) para que éste resuelva todos los posibles conflictos, con fuerza de verdad legal o cosa juzgada.

En parte alguna dispone la ley que el silencio o la pasividad que asuma el contratista durante la ejecución del contrato frente a motivos que le causen daño, deba considerarse como una renuncia tácita al derecho que tiene de reclamar los perjuicios que se le causaron. Renuncia que de presentarse tendría que ser expresa e inequívoca, como un acto de manifestación unilateral de voluntad del titular del derecho de acción que se consolida o nace cuando termina el contrato o se ejecutorie el acto de liquidación, cuando la ley así lo exige.

Y el silencio en relación con los daños sufridos por una de las partes no es renuncia tácita porque la vía del arreglo directo siempre será voluntaria y únicamente busca, como se dijo, que se resuelvan los conflictos para facilitar así el desarrollo del contrato; pero en ningún caso la no utilización de esas vías de solución previas durante la ejecución del contrato pueden convertirse, por sí mismas, en una solución implícita y definitiva de tales diferencias.

En otras palabras, se reitera, en el desarrollo de la ejecución contractual y frente a otrosíes, contratos adicionales o modificaciones suscritas en vigencia del contrato, el silencio de la parte que se dice afectada no puede entenderse o significar que está renunciando a reclamar sus derechos, ya que esta renuncia, en los casos en que se pueda hacer, tendrá que ser expresa.

El primer punto de la jurisprudencia que sirvió de fundamento al laudo de 10 de febrero de 2015, del cual se aparta este Tribunal, radica en el hecho de entender que la cláusula 21 del contrato es obligatoria y preclusiva, con prescindencia del derecho de acción.

Es claro que en esta eventualidad las partes harán el balance de lo

ocurrido durante la celebración, la ejecución y el cumplimiento del contrato, para detectar los posibles reclamos o acciones que se puedan formular ante el juez.

Precisamente, al terminar el contrato, se abre la oportunidad que las partes tienen para plantear todas las diferencias e inquietudes ante la jurisdicción. Y esa oportunidad no es otra que el término de caducidad de la acción contractual, término que opera cualquiera que sea el conflicto y su fuente, y que precluye cuando vence el plazo señalado en la ley.

En el nuevo código administrativo o ley 1437 de 2011 esa oportunidad, cualquiera sea la clase de contrato (instantáneo o de tracto sucesivo, liquidable o no, según el caso) está expresamente regulada en el art 164, numeral 2, literal j del citado código, norma que, sin lugar a dudas, impone el término de caducidad de los dos años como regla general. Y se precisa esto porque la ley señala cuándo empieza correr dicho término, según sea la clase de contrato, y cuando se cierra.

Esto pone de presente que si el conflicto se produce durante la ejecución contractual, lo que es normal, su ocurrencia, en contratos como el que aquí nos ocupa, no marca nunca el inicio de la caducidad de la acción. De no ser así, frente a cada uno de los conflictos intermedios, nacerían las acciones correspondientes con su término de caducidad y su manejo sería todo un caos.

Decir que cuando el contratista, en los casos de prórroga o de contratos adicionales, guarda silencio o no deja salvedades sobre los reclamos que hasta ese momento pueda tener, es darle no solo obligatoriedad a las vías de arreglo directo contempladas en la cláusula 21 del contrato 136, sino también coartar el derecho de acción que tienen todas las partes contratantes una vez termine el contrato o se ejecutorie el acto de liquidación.

Para entender lo precedente no se puede olvidar que el contrato 136 es de obra pública y es liquidable, bien de común acuerdo entre las partes, o en forma unilateral por la administración cuando venza el plazo para esa

primera liquidación; en efecto, de conformidad con el artículo 60 de la ley 80 de 1993, modificado por el artículo 32 de la ley 1150 de 2007 los contratos de tracto sucesivo, como el que nos ocupa, serán objeto de liquidación y *“en el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo”* norma concordante con el artículo 11 de la ley misma ley que señala:

“Artículo 11. *Del plazo para la liquidación de los contratos. La liquidación de los contratos se hará de mutuo acuerdo dentro del término fijado en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, o dentro del que acuerden las partes para el efecto. De no existir tal término, la liquidación se realizará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la expiración del término previsto para la ejecución del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.*

“En aquellos casos en que el contratista no se presente a la liquidación previa notificación o convocatoria que le haga la entidad, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre su contenido, la entidad tendrá la facultad de liquidar en forma unilateral dentro de los dos (2) meses siguientes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 del C. C. A.

“Si vencido el plazo anteriormente establecido no se ha realizado la liquidación, la misma podrá ser realizada en cualquier tiempo dentro de los dos años siguientes al vencimiento del término a que se refieren los incisos anteriores, de mutuo acuerdo o unilateralmente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 136 del C. C. A.

“Los contratistas tendrán derecho a efectuar salvedades a la liquidación por mutuo acuerdo, y en este evento la liquidación unilateral solo procederá en relación con los aspectos que no hayan sido objeto de acuerdo.

Y aún si la liquidación voluntaria no se produce les quedará a las partes la vía de la liquidación judicial dentro de los 2 años siguientes al término que tenía la entidad pública para hacer su liquidación unilateral.

Sobre este particular ha señalado el Consejo de Estado que el acta de liquidación, conforme a la norma transcrita, es una de las oportunidades para manifestar los reclamos que hubieren surgido en relación con la ejecución en los siguientes términos:

"Pero cualquiera sea la causa o forma como se llegue a la liquidación bilateral, lo cierto es que la jurisprudencia ha señalado, reiteradamente, que cuando esto acontece no es posible que las partes intenten una acción judicial, para reclamar por los daños e inconformidades, si la parte interesada no dejó constancias de insatisfacción en relación con el aspecto concreto que aspira a reclamar ante el juez."

Así las cosas, tratándose de un contrato en ejecución, aún le quedaría a la contratista la vía de manifestar sus reclamos al tiempo de la liquidación para acudir posteriormente a la acción contractual y no resulta justo considerar que, por su solo silencio, ha renunciado a ese derecho.

Visto lo precedente, se procede al estudio de los requisitos exigidos por la jurisprudencia y la doctrina para la prosperidad de la pretensión de mayor permanencia propuesta por la convocante.

En éste orden de ideas, se observa:

Primero: La prórroga del plazo contractual. De conformidad con las pruebas decretadas en su oportunidad, en especial las documentales, aparecen acreditadas las siguientes prórrogas o adiciones ocurridas en el último periodo de ejecución del contrato 136; o sea, del 1 de noviembre de 2012 a 10 de julio de 2013. Así:

- a) Adición en valor 9, prórroga # 10 y otrosí # 10 del contrato 136. Plazo de adición para la etapa de construcción por 5 meses y hasta el 30 de marzo del año 2013.
- b) Prórroga # 7, con fecha de finalización a 10 de julio de ese mismo año,
- c) Prórroga # 11 con ampliación de la etapa de construcción en 102 días.

Se encuentra así probado el primer requisito, ya que el plazo inicial del contrato, 85 meses, fue objeto de múltiples prórrogas hasta la número 11 que amplió finalmente el plazo hasta el 10 de julio de 2013.

Segundo: No imputabilidad a CONFASE de las causas de mayor permanencia

En los documentos antecitados en el ordinal primero (adiciones, prórrogas y otrosí) se observa que los motivos de mayor permanencia en obra no fueron imputables a la convocante, tal como lo reconoce la misma Interventoría. Coincide en ésta apreciación el perito, ingeniero civil Alfredo Malangón B, quien al responder la pregunta 6 de su peritazgo manifestó en uno de sus aportes:

“Así pues, teniendo en cuenta que para ampliar el plazo de la Etapa de Construcción mediante a las Reprogramaciones de Obra N° 6 y N° 7 se tuvieron en cuenta únicamente las causas de atraso de las obras ajenas a la gestión del Contratista reconocidas por la Interventoría y aceptadas por el Contratante, lo que se desprende de los documentos ajustados es que la totalidad del respectivo mayor plazo (8,3 meses que van del 31 de octubre de 2012 al 10 de julio de 2013) se debió a causas ajenas al Contratista”.

Tercero: Que esa mayor permanencia en obra causó una grave alteración en la ecuación o el equilibrio financiero del contrato.

Como se advirtió en el laudo inicial y en esta oportunidad se comparte su análisis, esa reclamación por el mencionado concepto no requiere sólo la prueba de esa afectación, sino que exige la demostración de que los perjuicios causados exceden el alea normal a la cual se comprometió el contratista.

Vale la pena destacar lo que en ese sentido afirma el mismo ingeniero Malangón Bolaños, quien al responder la pregunta número 7 de su peritazgo, opina:

“En mi concepto, los mayores costos generados durante la mayor permanencia en la obra del Contratista desde el 31 de octubre de 2012, hasta el 10 de julio de 2013, se deben liquidar teniendo en cuenta que los costos de Administración causados durante el periodo transcurrido desde el día siguiente a la fecha de terminación del plazo de la Etapa de Construcción (10 de julio de 2013) según lo establecido en la Reprogramación de Obra N° 7.

“Es decir, los costos de mayor permanencia en obra correspondientes a las Reprogramaciones de Obra N° 6 y N°7 aprobados por el Contratante; equivalen a los costes de Administración causados durante el periodo comprendido entre el 31 de octubre de 2012 y el 10 de julio de 2013, para un total de ocho coma tres (8,3) meses de mayor permanencia en obra que, de acuerdo con las dos (2) últimas Reprogramaciones de Obra, se requieren para la terminación de las obras objeto del contrato.

“Para la liquidación de los costos de mayor permanencia en obra correspondientes a las Reprogramaciones de obra N° 6 y N° 7, considero recomendable desglosar y tener en cuenta únicamente los rubros correspondientes a la Administración prevista en la estructura de costos establecida en la etapa licitatoria para el AIU, es decir, según el desglose del AIU entregado por el Contratante durante el proceso licitatorio, y teniendo en cuenta que se incumplieron las siguientes premisas establecidas por el contratante en el pliego de condiciones y sus adendos, y en el contrato y sus apéndices”.

Asimismo, se reitera, que este requisito, pese a la claridad de su texto, no es suficiente por si sólo para que la reclamación por mayor permanencia prospere, porque se debe demostrar, igualmente, que las prórrogas o adiciones producidas durante el periodo indicado atrás causaron perjuicios, tal como se detalla en el dictamen pericial, que superaron el alea normal que debía soportar la contratista. (pregunta No. 12 dictamen pericial contable página 23)

Cuarto: Que la mencionada alteración en la economía del contrato no haya sido reconocida o salvada con la remuneración de las obras adicionales ni con el reajuste de precios ni con el componente de imprevistos del AIU.

Frente a este requisito, que en el laudo anterior que resolvió la primera demanda se estudió conjuntamente con el 5°, en esta oportunidad su análisis se hace aparte porque la ecuación financiera del contrato resultó afectada con las prórrogas y contratos adicionales producidos en el periodo del 1° de noviembre de 2012 a julio 10 del 2013; ya que en éstos no se reconocieron los perjuicios, ni se produjo el restablecimiento del equilibrio financiero a través de la remuneración de las obras adicionales o del reajuste de precios ni con el componente de imprevistos del AIU.

Se desprende del acervo probatorio, en especial de los dictámenes periciales rendidos por el Ingeniero Malagón y la contadora pública, Dra. Gloria Zady Correa P, que el rompimiento del equilibrio financiero del contrato por las prórrogas o adiciones señaladas atrás, se infiere o deduce tanto de la reprogramación número 6 que amplió el plazo del contrato del 1 de noviembre de 2012 al 30 de marzo de 2013 por 5 meses (prórroga # 10 y otrosí # 10, y adición en valor 9); como la de la reprogramación número 7 que adicionó el plazo del 31 de marzo al 10 de julio del mismo año por otros 102 días.

Se observa de la lectura de esos dos documentos que en dichas reprogramaciones no se hizo reconocimiento alguno tendiente a mantener ese equilibrio o ecuación financiera en cuanto solamente reconocen los costos destinados a cubrir los componentes de labores ambientales, gestión social y manejo de tráfico y señalización, pero no los mayores costos de administración causados durante ese período. (Comunicación IML 1 172 0681 13 del 19 de marzo de 2013.).

Quinto: Que si al momento de la celebración de esas prórrogas o adiciones (requisito #5) no se reconocieron la totalidad de los perjuicios causados por la mayor permanencia y que el contratista no dejó a tiempo los reclamos correspondientes.

La exigencia o requisito en este ordinal 5º, ya está prácticamente explicada en los ordinales precedentes, en especial en lo expuesto en los ordinales 3º y 4º, porque con las reprogramaciones mencionadas atrás (números 6 y 7) sólo se decidieron otros puntos (plazo y precios para las obras que quedaban pendientes de ejecución) y nada se dijo sobre el restablecimiento del equilibrio financiero; la contratista guardó silencio a ese respecto; silencio, como se explicó atrás, que no significa una renuncia tácita a exigir el mantenimiento de dicho equilibrio.

No puede olvidarse que la renuncia de un derecho patrimonial, en los términos del artículo 15 del Código Civil, tendrá en los casos permitidos, que hacerse en forma expresa, máxime cuando esa renuncia está vinculada con el derecho fundamental de acción.

En suma, de todo lo expuesto se infiere la prosperidad de la reclamación por mayor permanencia propuesta por CONFASE.

En este orden de ideas se agrega finalmente:

1). Que analizadas todas las pruebas que obran en el expediente, se concluye que se debe acceder a este reclamo por mayor permanencia, con el fin de restablecer el desequilibrio económico por los sobrecostos en que incurrió la convocante por causa de las reprogramaciones números 6 y 7; ya que se probó adecuadamente que con éstas se amplió el plazo de la construcción en 8.3 meses, teniendo en cuenta solamente las causas de atraso verificadas por la misma Interventoría no imputables a la contratista, la serie de actividades de administración y los cálculos numéricos de los respectivos atrasos, en concepto del perito Malagón.

2). Que dichas reprogramaciones causaron sobrecostos de administración durante el periodo comprendido entre el 1º de noviembre de 2012 y el 10 de julio de 2013, que rompieron la ecuación financiera del contrato; circunstancias comprobadas por los peritos Malagón y Gloria Zady Correa.

3). Que se evidenció igualmente que las adiciones y prórrogas producidas durante el mencionado período, que formalizaron las reprogramaciones números 6 y 7, tuvieron como finalidad prorrogar el plazo del contrato 136 hasta el día 10 de julio de 2013.

4). Que en las prórrogas y adiciones convenidas no se acordó modalidad alguna tendiente al restablecimiento de los sobrecostos de administración que rompieron el citado equilibrio financiero.

5). Que no se acreditó que la convocante hubiera renunciado expresamente a reclamar su derecho a la mayor permanencia. Finalmente, que el reclamo por mayor permanencia formulado en la primera demanda (pretensión 5), cobijó el periodo el 15 de octubre de 2012; y que lo que aquí se decide corresponde al periodo subsiguiente, corrido entre el 1º de noviembre de 2012 y el 10 de julio de 2013.

4.7. Las pretensiones relacionadas con la improcedencia de las decisiones negativas del IDU respecto de los reconocimientos reclamados

Corolario de la totalidad de los análisis efectuados hasta esta etapa del laudo, encuentra el Tribunal que resulta procedente acceder a la pretensión 7.1. consistente en declarar improcedentes las decisiones negativas que en su momento el IDU profirió, respecto del pago de aquellos conceptos que en esta decisión se está ordenando.

5. LIQUIDACIONES

Estudiadas y resueltas como se encuentran las pretensiones declarativas, procede el Tribunal a resolver las pretensiones de condena lo cual, para mayor claridad, se abordará respecto de cada grupo de pretensiones que prospera.

Por lo anterior, y no obstante que el juramento estimatorio contenido en la demanda no fue objetado, el Tribunal, considerando que existen dos dictámenes periciales rendidos para acreditar el monto de los perjuicios reclamados, procederá a tener en cuenta las cifras contenidas en ellos las cuales otorgan mucha mayor precisión que aquellas que fueron objeto de juramento.

5.1. Obras sobre redes

5.1.1. Pretensión relativa a las obras sobre redes de alumbrado público y semaforización

En el cuaderno de pruebas número 5 obra el dictamen pericial de parte elaborado por el experto Alfredo Malagón en relación con este punto. En las páginas 53 a 55 se presenta un cuadro que recoge la totalidad de las obras ejecutadas para las redes de energía, así como el consolidado total de esos costos, el cual, a junio de 2015 ajustado conforme se solicita en la demanda, asciende a la suma de \$668.660.590

En cuanto a las redes de semaforización, a folios 59 a 61 del cuaderno de pruebas 5, aparece el cuadro que recoge el análisis de los costos correspondientes a ese ítem, el cual arroja, como liquidación actualizada en los términos solicitados en la demanda, la suma de \$349.627.204,07 hasta junio de 2015.

Así, el valor total de esta condena será el resultado de adicionar las dos cifras antes citadas y actualizarlas hasta la fecha de esta providencia, lo cual arroja como resultado la suma \$1.018.287.794

Actualización

Teniendo en cuenta que el demandante solicita la actualización de la condena a la fecha del laudo, se procederá a indexar la suma indicada anteriormente, para lo cual se tendrá en cuenta que el IPC de junio de 2015 corresponde a 122,30851 y el de diciembre de 2016 a 133,39977.

En esos términos, el factor con el cual se actualizará la condena corresponde a 1,09068265 que es el resultado de dividir el IPC final por el IPC inicial. Esta metodología se utilizará para la actualización de todas las condenas que se liquidan a continuación, salvo aquellas cuya fecha de causación sea diferente para las que se aplicará la fecha correspondiente.

La aplicación de ese factor de actualización a los perjuicios indexados a junio de 2015, da como resultado la suma de \$1.110.628.830

5.1.2. Pretensión relativa a las obras sobre redes de voz y datos

Obran a folios 49 y 50 del cuaderno de pruebas número 5, los cuadros elaborados por el perito ingeniero que recogen el valor total de las obras ejecutadas por la convocante por concepto de redes de voz y datos. Esa cifra, actualizada a junio de 2015, asciende a \$574.443.590,19, suma sobre la cual procederá el Tribunal a aplicar la actualización correspondiente hasta la fecha de esta providencia, en los términos antes descritos, operación que arroja como resultado la suma de \$626.535.657.

5.1.3. Pretensión relativa a las obras de sondeo e hilados

A folio 64 y 65 del cuaderno de pruebas número 5, el perito presenta el cuadro contentivo de los costos, debidamente actualizados hasta diciembre de 2014, de los trabajos realizados por concepto de sondeo.

Esa suma arroja un valor total de \$854.829.899,34 la cual será actualizada aplicando el IPC hasta la fecha de este laudo con la misma metodología antes expuesta, la cual da como resultado final la suma de \$965.150.316.

5.2. Pretensiones relacionadas con el Colector Expreso Norte

5.2.1. Implementación de un sistema de bombeo en la calle 26

En relación con este punto, obra a folio 59 del cuaderno del dictamen de parte que corresponde al Colector Expreso Norte, concepto del perito según el cual la implementación del sistema de bombeo tuvo un costo para el contratista equivalente a \$91.638.128, suma que se encuentra actualizada a junio 30 de 2015.

Este valor, indexado a la fecha de este laudo, en la forma descrita en numeral anterior, arroja como resultado la suma de \$99.948.116.

5.2.2. Demolición y relleno del colector existente y de las cajas de inspección que quedaron por fuera de servicio

A folio 57 del dictamen pericial de parte correspondiente al Colector Expreso Norte, el perito incorpora un cuadro que resume el valor de las obras de demolición y relleno, las cuales, actualizadas a junio de 2015, tenían un valor correspondiente a \$122.016.627.

Esa cifra, indexada en la forma señalada anteriormente, arroja como resultado una suma actual equivalente a \$133.081.418

5.3. Obras no previstas

5.3.1. Peatonalización del puente de la carrera séptima y las rampas del Parque Bicentenario

En los folios 49 y 50 de la experticia de ingeniería, visible en el cuaderno de pruebas número 8, aparece acreditado el valor total de los costos en que incurrió la convocante para la ejecución de las labores derivadas de las rampas del Parque Bicentenario y de la peatonalización de la carrera séptima, suma que asciende a \$330.249.846,78 a junio del año 2015.

La actualización de esa cifra a la fecha de esta providencia, asciende a la suma de \$360.197.778

5.3.2. Box Las Aguas

De conformidad con el dictamen pericial rendido por el Ingeniero Malagón (folio 54 del cuaderno de pruebas número 8), el valor total de los mayores costos correspondientes a los cambios de las especificaciones de los acabados arquitectónicos para el box de las Aguas, asciende a la suma total de \$672.837.042,19 a junio de 2015.

Al igual que para las anteriores liquidaciones, el Tribunal aplicará a esa cifra la fórmula de actualización hasta la fecha de esta providencia, operación que arroja como resultado la suma de \$733.851.688

5.4. Sobreacarreo

En el cuaderno de pruebas número 10 obra el capítulo del dictamen pericial de parte elaborado por el experto Alfredo Malagón correspondiente al sobreacarreo. En la página 16 de ese cuaderno, el perito Malagón señala que *"El valor del mayor acarreo de escombros ejecutado por el Contratista debido al cierre de las escombreras cercanas a las obras objeto del Contrato asciende a **\$1.696.905.374**, liquidada en pesos de diciembre de 2007, ajustado con ICCP e indexado a junio de 2015, calculada como se explica y resume en la siguiente tabla (...)"* (respuesta a la pregunta número 5 del capítulo sobreacarreos).

En esos términos, se encuentra demostrado con el referido dictamen, que el valor de los sobreacarreos en que debió incurrir el Contratista por el cierre de las escombreras, asciende a la suma de \$1.696.905.374 indexada a junio de 2015, la cual, actualizada en la forma establecida anteriormente, arroja como resultado \$1.850.785.250

5.5. ICCP de la Avenida Mariscal Sucre

En el cuaderno de pruebas número 11 obra el dictamen pericial de parte elaborado por el experto Alfredo Malagón en relación con este punto. En la página 6 de ese cuaderno, el perito Malagón señala que *“como se verá a continuación, el ICCP, varió del año 2010 a 2011, por tanto, con base en las actas de obra suscritas en desarrollo del Contrato Adicional No. 2 al Contrato IDU 136 de 2007, el valor de los ajustes de precios unitarios correspondiente al cambio de vigencia 2010-2011 asciende a la suma de \$548.153.853 liquidada en pesos de diciembre de 2014 como sigue (...)”* (respuesta a la pregunta número 4 del capítulo reajuste ICCO Mariscal Sucre).

Posteriormente, en el cuadro que se incorpora en la misma respuesta, el perito concluye que el mayor valor por el cambio de año ascendió a la suma de \$503.446.972 que ajustada a junio de 2015 asciende a la suma de \$566.362.451.

En esos términos, se encuentra demostrado con el referido dictamen, que la ejecución de las obras de la Avenida Mariscal Sucre previstas para el año 2010 y ejecutadas en el año 2011 por causas no imputables al contratista, le generó a aquel un perjuicio que, a precios de junio de 2015, asciende a la suma de \$566.362.451.

Teniendo en cuenta que el demandante solicita la actualización de la condena a la fecha del laudo, se procederá a indexar la suma indicada anteriormente, para lo cual se tendrá en cuenta, al igual que para las pretensiones anteriores, un factor de actualización equivalente a 1,09068265 que es el resultado de dividir el IPC de junio de 2015 por el IPC

de diciembre de 2016.

Finalmente, aplicado el factor de actualización a los perjuicios indexados a junio de 2015, se obtiene como resultado una suma equivalente a \$617.721.699.

5.6. Mayor permanencia

Teniendo en cuenta que el Tribunal, al analizar las respuestas 7 y 8 relativas al costo de mayor permanencia rendida por el experto Alfredo Malagón, contenida en el cuaderno de pruebas número 12, encuentra serias inconsistencias en el mismo, tendrá en cuenta la respuesta que sobre el particular rindió la perito Gloria Zady Correa Palacio.

Sobre el particular, en el cuaderno de pruebas número 20, a folios 579 a 634, obra el dictamen pericial elaborado por la referida experta, en cuya respuesta número 12, se indica que la diferencia entre la suma verdaderamente causada por administración y la recibida por CONFASE por ese concepto, en el periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 2012 y el 10 de julio de 2013, asciende a la suma de \$4.430.726.835 (folio 604 del cuaderno)

Además de resultar más convincente por carecer de los errores de la respuesta del perito Malagón, observa el Tribunal que la convocante en su alegato de conclusión y sin mayor argumentación, acepta la opinión de la perito designada por el Tribunal, que en ese punto no hace reparo alguno. La posición del señor apoderado de la contratista al escoger, entre las dos cifras anotadas la menor, implica una forma de confesión en cuanto la perjudica y por ello el Tribunal acogerá la conclusión de la perito Correa.

Teniendo en cuenta que la mayor permanencia terminó el 10 de julio de 2013, el Tribunal actualizará dicho valor a enero de 2017 para lo cual tendrá en cuenta que el IPC de julio de 2013 corresponde a 117,0913 y el de diciembre de 2016 a 133,39977.

En esos términos, el factor con el cual se actualizará la condena

corresponde a 1,139279947 que es el resultado de dividir el IPC final por el IPC inicial.

Así, aplicado el factor de actualización al valor de la mayor permanencia, se obtiene como resultado la suma de \$5.047.838.232.

5.7. Resumen

En conclusión, el valor total de las condenas a favor de CONFASE y en contra del IDU, asciende a la suma de \$11.312.709.450, la cual se encuentra actualizada a enero de 2017, en la forma solicitada en la demanda, tal y como se resume en la siguiente tabla:

CONCEPTO	VALOR ACTUALIZADO
Obras sobre redes de alumbrado público	\$1.110.628.830
Obras sobre redes de voz y datos	\$626.535.657
Obras de sondeo e hilados	\$965.150.316
Labores adicionales por peatonalización de la carrera séptima y las rampas del Parque Bicentenario	\$360.197.778
Implementación sistema de Bombeo	\$99.948.116
Demolición y relleno del colector existente	\$133.081.418
Cambios arquitectónicos del Box las Aguas	\$733.851.688
Sobreacarreo	\$1.850.785.250
ICCP Avenida Mariscal Sucre	\$617.721.699
Mayor permanencia	\$5.047.838.232
TOTAL	\$11.545.738.984

6. **COSTAS**

Teniendo en cuenta que la demanda prospera parcialmente, al igual que las excepciones formuladas por la convocada, el Tribunal, con fundamento en el numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso, se abstendrá de proferir condena en costas.

VIII. **PARTE RESOLUTIVA**

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Arbitramento integrado para resolver las diferencias surgidas entre **CONSTRUCTORA BOGOTÁ FASE III S.A. – CONFASE-** como convocante y la

EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A. y el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU**, como convocadas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de ley, y en cumplimiento de la misión encomendada por los compromitentes para tal fin,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar no probada la tacha de sospecha formulada respecto del testigo William Yesid Cifuentes.

SEGUNDO: Declarar no probada la totalidad de las excepciones formuladas por la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.**

TERCERO: Declarar probada la excepción denominada "*Inexistencia de desequilibrio económico del contrato de obra IDU-136 de 2007 por la construcción de los muros 11 y 13, la paz y torres Blancas*" y parcialmente probada la excepción denominada "*Las actividades adelantadas en la tubería de la calle 26-Colector Expreso Norte, corresponden a actividades propias de la ejecución del contrato de obra*" formuladas por el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU**.

CUARTO: Declarar no probadas las demás excepciones formuladas por el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU**.

QUINTO: Declarar que el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU** incumplió el Contrato IDU – 136 de 2007, al no reconocer ni pagar a **CONSTRUCTORA BOGOTÁ FASE III S.A. – CONFASE-**, mediante los precios unitarios pactados en el Anexo 2A y en los demás documentos contractuales, las obras civiles de redes de alumbrado público y semaforización que fueron ejecutadas por el contratista por fuera de las estaciones, estructuras, túneles y obras en edificaciones, medidas a partir de sus acometidas o conexiones

SEXTO: Declarar que el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU** incumplió el Contrato IDU – 136 de 2007, al no reconocer ni pagar a **CONSTRUCTORA BOGOTÁ FASE III S.A. – CONFASE-**, mediante los precios

unitarios pactados en el Anexo 2A y en los demás documentos contractuales, las obras de redes de voz y datos que se ejecutaron por el contratista por fuera de las edificaciones y estaciones (ubicadas a partir de la acometida o conexión con la red de voz y datos principal), las cuales no estaban incluidas en el Valor Global de Construcción, desglosado en el presupuesto de la Adenda 6.

SÉPTIMO: Declarar que el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU** incumplió el Contrato IDU – 136 de 2007, al no reconocer ni pagar a **CONSTRUCTORA BOGOTÁ FASE III S.A. – CONFASE-**, con el ítem 7.2.37 del Anexo 2 A, las actividades ejecutadas por el contratista por concepto de sondeos e hilados durante los años 2011 y 2012.

OCTAVO: Declarar que el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU** incumplió el Contrato IDU – 136 de 2007, al no reconocer ni pagar a **CONSTRUCTORA BOGOTÁ FASE III S.A. – CONFASE-** los costos adicionales en que incurrió por las siguientes actividades y obras ejecutadas en el Colector Expreso Norte: i) la implementación de un sistema de bombeo en la calle 26 durante 24 horas en el periodo comprendido entre febrero de 2010 y julio de 2011 y ii) la demolición y el relleno del colector existente de 1,3 metros y de las cajas de inspección que quedaron por fuera de servicio, existentes en el costado sur del colector nuevo y correspondientes al Tramo 5 de la Calle 26.

NOVENO: Declarar que el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU** incumplió el Contrato IDU – 136 de 2007, al no reconocer ni pagar a **CONSTRUCTORA BOGOTÁ FASE III S.A. – CONFASE-**, las obras de peatonalización del puente de la Carrera 7 y las rampas del Parque Bicentenario, las cuales, además de no estar previstas en el PMT No. 410, debieron ejecutarse como consecuencia de las exigencias establecidas por la Secretaría Distrital de Movilidad – SDM para la implementación del PMT No. 500.

DÉCIMO: Declarar que el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU** incumplió el Contrato IDU – 136 de 2007, al no reconocer ni pagar a **CONSTRUCTORA BOGOTÁ FASE III S.A. – CONFASE-**, las obras relacionadas con los nuevos acabados del Box de “Las Aguas”.

UNDÉCIMO: Declarar que el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU** incumplió el Contrato IDU – 136 de 2007, al no reconocer ni pagar a **CONSTRUCTORA BOGOTÁ FASE III S.A. – CONFASE-** los costos de las mayores distancias de acarreos en que debió incurrir como consecuencia del cierre de las escombreras autorizadas y del denominado “Fenómeno de la Niña”.

DUODÉCIMO: Declarar que el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU** incumplió el Contrato Adicional No. 2 al Contrato IDU – 136 de 2007 de 19 de noviembre de 2009, al no reconocer ni pagar a **CONSTRUCTORA BOGOTÁ FASE III S.A. – CONFASE-** los ajustes a los precios unitarios de las obras ejecutadas por el contratista, las cuales, por razones ajenas y no imputables a **CONFASE**, se ejecutaron en el año 2011 y no en el año 2010 como estaba inicialmente previsto.

DECIMOTERCERO: Declarar que el **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU** incumplió el Contrato IDU – 136 de 2007, al no reconocer ni pagar a **CONSTRUCTORA BOGOTÁ FASE III S.A. – CONFASE-** los costos de mayor permanencia en que incurrió en el periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 2012 y el 10 de julio de 2013.

DECIMOCUARTO: Declarar que son improcedentes las decisiones negativas del **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU** respecto de las solicitudes de reconocimiento jurídico y económico formuladas por **CONSTRUCTORA BOGOTÁ FASE III S.A. – CONFASE-** en relación con los temas a que se refieren las condenas anteriores.

DECIMOQUINTO: Condenar al **INSTITUTO DE DESARROLLO URBANO IDU** a pagar a **CONSTRUCTORA BOGOTÁ FASE III S.A. – CONFASE-** la suma de **ONCE MIL QUINIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y CUATRO PESOS (\$11.545.738.984)**, suma sobre la cual se causarán intereses de mora de conformidad con lo previsto en la ley.

DECIMOSEXTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

DECIMOSÉPTIMO: Abstenerse de proferir condena en costas

DECIMOCTAVO: Ordenar la devolución del expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Esta providencia queda notificada en estrados.

MARÍA LUISA MESA ZULETA

Presidente

FABIOLA OROZCO DUQUE

Árbitro

CARLOS BETANCUR JARAMILLO

Árbitro

ANTONIO PABÓN SANTANDER

Secretario